

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ هـ
ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد
ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني عشر

(وبه تم الكتاب)

﴿ تنبيه ﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

والاصل في الشهادات الكتاب والسنة والاجماع والعبرة . اما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وقال تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم - واشهدوا اذا تباعدتم)

وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يارسول الله ان هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق ، فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ » قال لا ، قال « فلك يمينه » قال يارسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عايه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه الا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء - وقال سبحانه - واشهدوا ذوي عدل منكم - وقال جل وعز - واشهدوا اذا تباعدتم) وأما السنة فروى وائل بن حجر رضي الله عنه قال جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يارسول الله ان هذا غلبني على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ » فقال لا قال - فلك يمينه » قال يارسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه إلا ذلك » قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال النبي ﷺ « لان حلف على ماله ليا كله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » قال الترمذي

ذلك « قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال رسول الله ﷺ لما أدبر « لئن حلف على ماله لياكله ظمًا ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح
وروى محمد بن عبد الله العزمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال
« البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في أسناده مقال والعزمي
يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا قال
الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة
لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها ، قال شرح القضاء جمر فتحه عنك بعودين يعني
الشاهدين وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء

(فصل) وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية لقول الله تعالى (ولا يَأْبُ الشُّهُدَاءُ إِذَا
مَدَعُوا) وقال تعالى (ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) وإنما خص القلب بالآثم لانه
موضع العلم بها ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الامانات

إذا ثبت هذا فإن دعي إلى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو غيره لزمته الاجابة وإن كانت
عنده شهادة فدعي إلى أدائها لزمه ذلك فإن قام بالفرض في التحمل أو الاداء اثنان سقط عن الجميع
وإن امتنع الكل أئتموا وإنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضرر

النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في أسناده
مقال والعزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره إلا أن أهل العلم أجمعوا
على هذا قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم ولأن
العبارة تقتضي مشروعية الشهادة فإن الحاجة داعية إليها لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع
إليها قال شرح القضاء جمر فتحه عنك بعودين يعني الشاهدين وإنما الخصم داء والشهود شفاء
فأفرغ الشفاء على الداء ، واشتقاق الشهادة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شاهده ، وقيل لأن الشاهد
يخبره ويجعل الحاكم كالشاهد للشهود عليه وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق في المختلف فيه
﴿ مسألة ﴾ (تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية إذا قام بها من يكفي سقطت عن

الباقيين وإن لم يقر بها أحد تعينت على من وجد

لقول الله تعالى (ولا يَأْبُ الشُّهُدَاءُ إِذَا مَا دَعُوا) وقال - ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ
آثِمٌ قَلْبُهُ) وإنما خص القلب بالآثم لانه موضع العلم بها ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الامانات
وقال الله تعالى (ان الله يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) إذا ثبت هذا فإذا دعي إلى تحمل شهادة في
نكاح أو دين أو عدة لزمته الاجابة قال الله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ
لِلَّهِ) فإن قام بالفرض في التحمل والاداء اثنان سقط عن الجميع ، وإن امتنع الكل أئتموا ، وإنما يأثم

في التحمل أو الاداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها لم يلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولأنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره ، وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يأثم لأنه قد تعين بدعائه ولأنه منهي عن الامتناع بقوله (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) (والثاني) لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها ، فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرئ بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين (أحدهما) أن يكون الكاتب فاعلاً أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بأن لا يجب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد ما لم يستشهد به

(والثاني) أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناداً ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بأن يقطعهما عن شفاعتهما بالكتابة والشهادة ويمنعاً حاجتهما واشتقاق الشهادة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما يشاهده ، وقيل لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالمشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه

المتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الاداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج إلى التبذل في التزكية لم تلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وإنه لا يلزمه أن يضر نفسه لنفع غيره وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يأثم لأنه قد تعين بدعاية ولأنه منهي عن الامتناع بقوله تعالى (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) (والثاني) لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرئ بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين (أحدهما) أن يكون الكاتب فاعلاً أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بالاجب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد بما لم يستشهد (والثاني) أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بقطعهما عن شفاعتهما بالكتابة والشهادة ويمنعاً حاجتهما

﴿ مسألة ﴾ (قال الحرقى ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسهه التخلف عن اقامتها وهو قادر على ذلك)

قد ذكرنا أن الشهادة من فروض الكفايات فإن تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواه لزمه القيام بها ، وإن قام بها من يكفي غيره سقط عنه أدائها إذا قبلها الحاكم فإن كان تحملها

(مسئلة) قال (ولا يقبل في الزنا الا اربعة رجال عدول احرار مسلمين)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم ياتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) في أي سواها وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «أربعة وإلا حد في ظهرك» في أخبار سوى هذا واجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهراً وباطناً وسواء كان المشهود عليه مسلماً أو ذمياً وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالاً أحراراً فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ ابو ثور فقال تقبل فيه شهادة العبيد

وحكي عن عطاء وحامد انهما قالوا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لانه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالاموال

ولنا ظاهر الآية وان العبد مختلف في شهادته في المال فكان ذلك شبهة في الحد لانه بالشبهات يندرى ولا يصح قياس هذا على الاموال لاختلاف حكمها وشدة الحاجة الى اثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

(فصل) وفي الاقرار بالزنا روايتان ذكرهما ابو بكر وللشافعي فيه قرلان (أحدهما) ثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارب (والثاني) لا يثبت إلا بأربعة لانه موجب لحد الزنا شبه فعله

جماعة فأداؤها واجب على الكل اذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا - وقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط - وفي آية أخرى - كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقرين) ولان الشهادة أمانة فلزمه اداؤها كالوديعة

(مسئلة) (ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الاجرة عليها ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه في أصح الوجهين)

من له كفاية فليس له أخذ الجمل على الشهادة لانها اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضاً، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذ الجمل لان النفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية، فاذا أخذ الرزق جمع بين الامرين فان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك ايضاً واحتمل ألا يجوز لئلا يأخذ العوض عن اداء فروض الاعيان وقال أصحاب الشافعي لا يجوز أخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره؟ على وجهين

(مسئلة) (ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى أبيح اقامتها ولم يستحب وللحاكم ان يعرض له بالوقوف عنها في أحد الوجهين)

(مسئلة) قال (ولا يقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال اقل من رجلين)

وهذا القسم نوعان (أحدهما) العقوبات وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين
إلا ماروي عن عطاء وحماد أنهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال

ولنا ان هذا مما محتاط لدرئه واسقاطه ولهذا يندرى بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته
وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (ان تضل إحداها فتذكرا إحداها الاخرى) وأنه لا تقبل
شهادتهن وان كثرن ما لم يكن معهن رجل فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ولا يصح قياس هذا على
المال لما ذكرنا من الفرق وبهذا الذي ذكرنا قال سعيد بن المسيب والشمسي والنخعي وحماد والزهرى
وربيعة ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة
رجلين ما خلا الزنا الا الحسن فانه قل الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لانه يتأق به اتلاف
النفس فاشبه الزنا

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فاشبه القصاص في الطرف وما ذكره من الوصف لا أثر له فان
الزنا الموجب للحد لا يثبت الا بأربعة ولان حد الزنا حقه تعالى يقبل الرجوع عن الاقرار به . ويعتبر

يجوز للشاهد اقامة الشهادة في حدود الله تعالى من غير تقدم دعوى لان ابا بكره واصحابه شهدوا
على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى
فاجيزت شهادتهم . ولا يستحب اداؤها لقول رسول الله ﷺ « من ستر عورة ستره الله في الدنيا
والآخرة » وللحاكم ان يعرض للشاهد بالوقوف عن الشهادة في اظهر الروايتين لما روى صالح في
مسائله عن أبي عثمان النهدي قال جاء رجل الى عمر فشهد على المغيرة بن شعبة فتغبر لون عمر ثم جاء
آخر فشهد فاستنكر ذلك ثم جاء شاب يخطر ببديه فقال عمر ما عندك يا سلح العقاب ؟ وصاح به عر
صيحة فقال أبو عثمان والله لقد كدت ان يغشى علي فقال يا أمير المؤمنين رأيت أمراً قبيحاً فقال
الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان باصحاب محمد فأمر باولئك ان يفر فجلدوا وفي رواية أنه لما شهد عنده على
المغيرة شهد ثلاثة وبقي واحد فقال عمر أرى شاباً حسناً وأرجو ان لا يفضح الله على لسانه رجلاً من
أصحاب محمد ﷺ وهذا تعريض ظاهر

(مسئلة) (ومن كانت عنده شهادة لأدعي يعلمها لم يقمها حتى يسأله فان لم يعلمها استحب
له إعلامها بها وله اقامتها قبل ذلك)

إذا كان الشهود له يعلم له شهادة عند انسان لم يقمها الشاهد حتى يسأله صاحبها لما روي عن النبي
ﷺ أنه قال « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون

في شهاداء هذا النوع من الحرية والذكورية والاسلام والعدالة ما يعتبر في شهاداء الزنا على ما سئذ كره
(الثاني) ما ليس بمقبولة كالنكاح والرجعة والطلاق والعناق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل
والوصية اليه والولاء والكتابة واشباه هذا فقال القاضي المولى عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا
بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال، وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا تجوز
شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت عطاءية دين يعني تقبل
فيه شهادة رجل وامرأتين فاما غير ذلك فلا . ووجه ذلك ان الوكالة في اقتضاء للدين يقصد منها
المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة ، قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه
من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين، وقال أبو الخطاب
يخرج في النكاح والعناق أيضاً روايتان (إحداهما) لا تقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي
والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق
(والثانية) تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي
والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بانها لا يسقط المشبهة
فيثبت برجل وامرأتين كالمال

والا أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطاع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل

ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخاري فان كان لا يعلمها استجب له إعلام صاحبها
بها كالودعة وله اداؤها قبل اعلامه لقول النبي ﷺ « الا انبشكم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته
قبل ان يسألها » رواه أبو داود فيتمين حمل الحديث على هذه الصورة جمعاً بين الخبرين
﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز إلا بما يعلمه بدليل قول الله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم
يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه
مستولاً) وتخصيص هذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر لان مدرك
الشهادة الرؤية والسمع وهما بالبصر

وقد روي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال « هل ترى الشمس ؟ »
قال نعم قل « على مثاها فاشهد او دع » رواه الخلال باسناده في جامعه . اذا ثبت هذا فان مدرك العلم
كالشم والذوق واللمس لا حاجة اليها في الشهادة في الاغلب

﴿ مسألة ﴾ (والرؤية تختص بالافعال كالقتل والغصب والسرقة وشرب الخمر والرضاع والولادة وغيرها)

فهذا لا يتحمل الشهادة إلا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً ومن ذلك الصفات الرئية

في المبيع ونحوها فلا يرجع إلى غير ذلك

كالحدود والقصاص وما ذكره لا يصح فان الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن احمد رضي الله عنه في الاعسار ما يدل على أنه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن الحارق « حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجا من قومه لقد أصابت فلانا فاقة » قل احدهكذا جاء الحديث فظاهر هذا أنه أخذ به ، وروي عنه أنه لا يقبل قوله إنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد وقال في الرجل يوصي ولا يحضره الا النساء قال أجز شهادة النساء فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال . قل القاضي : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لا في الاعسار .

(فصل) ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد ومبين المدعي لانه اذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين الا ان لا يثبت بشهادة واحد ومبين أولى قل أحمد ومالك في اشاهد والمبين : إنما يكون ذلك في الاموال خاصة لا يقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل وقد قل الخرقى إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حرًا ونص عليه احمد وقال في شريكين في عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين

﴿مسئلة﴾ (والسمع على ضريين سماع من الشهود عليه نحو الاقرار والعقود والطلاق) ونحو ذلك فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقيناً ولا تعتبر رؤية المتعاقدين اذا عرفها وتيقن انه كلامهما وبهذا قل ابن عباس والزهري وزبيدة واليث وشريح وعطاء وابن أبي ليلى ومالك ، وذهب ابو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل الشهود عليه لان الاصوات تشبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط

ولنا انه عرف الشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كالوراء وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور ، وانما تجوز الشهادة لمن عرف الشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسمع يقيناً وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الاعى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن

(فصل) إذا عرف الشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً ، وان لم يعرف ذلك لم يجوز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه نص عليه احمد قل مهنا سألت احمد عن رجل يشهد لرجل بحق له على آخر وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أنه يشهد له فقال اذا قل اشهد ان لهذا على هذا وهما شاهدان جميعاً فلا بأس وإذا كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه ، والراء كالرجل في انه اذا عرف اسمها جاز أن يشهد عايتها مع غيبتها وان لم يعرفها

عدلين فلا يبعد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فإنها لا تثبت بشاهد ويمين قولاً واحداً، قال القاضي الممول عليه في جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وروى الدارقطني بإسناده عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فإشار علي في الاموال لا تعد ذلك» وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم في الاموال، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره رواه الامام احمد وغيره بإسنادهم

(مسئلة) قل (ولا يقبل في الاموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع

يمين الطالب)

وجملة ذلك أن المال كالقرض والغصب والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصلح والمساواة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج تثبت بشهادة رجل وامرأتين، وقال أبو بكر لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص والاول أصح لان موجبا للمال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء وكذلك ما يوجب به المال يثبت بشهادة النساء وكذلك ما يوجب به

لم يشهد عليها إلا في حال حضورها، قال احمد في رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها، وإن كانت ممن عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فلا يشهد والا فلا يشهد، فاما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينها اذا عرف عينها ونظر إلى وجهها. قال احمد لا تشهد على امرأة حتى تنظر إلى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فاما من يتيقن معرفتها ويعرف صوتها يقيناً فيجوز أن يشهد عليها إذا يتيقن صوتها على ما قدمناه في المسئلة قبلها فان لم يعرف الشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فروي عن احمد انه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفة لها، وقال لا يجوز للرجل أن يقول للرجل اشهد ان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره

وقال القاضي يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجوز الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه، وقال احمد لا تشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا محتمل أنه لا يدخل عليها بيتها إلا باذن زوجها الماروي عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن رواه احمد في مسنده فاما الشهادة عليها في غير بيتها فجاز لان اقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به

ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه بقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين - إلى قوله - واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأجمع أهل العلم على القول به وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعه ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والاوزاعي لا يقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ولأن النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعي عليه كما حصر البينة في جانب المدعي

ولنا ما روى سهيل عن أبيه عن أبي هريرة قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذي هذا حديث حسن غريب

(فصل) إذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر الشهادة فهل يجوز أن يشهد بذلك؟ على روايتين (أحدهما) لا يجوز، قال أحمد في رواية حرب فيمن يري خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة: لا يشهد إلا بما يعلم، وقال في رواية يشهد إذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة إلا هكذا؟ وقال في موضع آخر إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخاً عنه موضوعاً تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ، وقال أيضاً إذا كان رديء الحفظ يشهد ويكتبه عنه وهذه رواية ثالثة وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضي في إحدى الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولا يعضيه إذا لم يكن كذلك

﴿مسئلة﴾ (الضرب الثاني سماع من جهة الاستفاضة فيما يعذر علمه في الغالب إلا بذلك كالنسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعق والولاء والولاية والعزل وما أشبه ذلك) قال الخرقى وما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة، وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالنسب قال ابن المنذر لا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحال معرفته إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ولا يمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه، وقد قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون أبناءهم) وكذلك الولادة واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال

(١) هكذا بالاصل

وفي الباب 'عن علي وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائي اسناد حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد، ولان اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا ، وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخا وكذلك إذا انفصلت عنه ولأن الآية واردة في التحمل دون الاداء ولهذا قال (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى) والنزاع في الاداء وحديثهم ضعيف وليس هو للخصم بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الامناء لظهور جنائيتهم وفي حق الملائع وفي اقسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلمة قائمة وقول محمد في تقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (ولا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) والقضاء بما قضى به محمد بن عبد الله ﷺ أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له

أصحابنا هو تسعة اشياء النكاح والملك المطلق والوقف ومصرفه والموت والعق والولاء والولاية والعزل وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لا تجوز في الوقف والولاء والعق والزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع ولانها شهادة بمقد فاشبهه سائر العقود ، وقال أبو حنيفة لا تقبل إلا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال فاشبه الدين ، وقال صاحباه تقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس

ولنا ان هذه تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة اسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماع وقال : السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروزي اشهدان دارمختان لبختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهد فقال نعم إذا كان مستفيضاً فاشهد اقول فاطمة بنت رسول الله ﷺ وان خديجة وعائشة زوجاته وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة ، فان قيل يمكنه العلم بذلك بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببا يقينا فانه يجوز ان يشتري ما ليس بملك البائع ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي يمكن الشهادة على الوقف باللفظ لا يصح لان الشهادة ليست بالعقود ههنا إنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء

(فصل) قال القاضي يجوز ان يحلف على مالا تسوغ الشهادة عليه مثل ان يجد بخطه ديناً له على انسان وهو يعرف أنه لا يكتب الا حقاً ولم يذكره أو يجد في رزمانج أبيه بخطه ديناً له على انسان ويعرف من أبيه الأمانة وانه لا يكتب الا حقاً فله ان يحلف عليه ولا يجوز ان يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فمكن اليه جاز أن يحلف عليه ولم يجزله أن يشهد به وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين :

(أحدهما) ان الشهادة اغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لان الحق انما هو للحالف فلا يزور أحد عليه (الثاني) ان ما يكتبه الانسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً رجلاً أو امرأة نص عليه احمد لان من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الاوصاف كالذكر إذا لم تكن بينة

(فصل) قل أحمد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان أبي أن يحلف استحلف المطالب ، وهذا قول مالك والشافعي ، وروى عن أحمد فان أبي المطالب ان يحلف ثبت الحق عليه .

وهذه جميعها لا يمكن انقطاع بها كما لا يمكن انقطاع بالملك لأنها مرتبة عليه فوجب ان تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء

﴿مسئلة﴾ (ولا تقبل الاستفاضة الا من عدد يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام أحمد والخبر في وقال القاضي تسمع من عدلين فصاعداً)

ذكره في المحرر لان الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي والقول الاول هو الذي تقضيه لفظة الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرة ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع وقد ذكر شيخنا في كتاب المقنع الخلع فيما ثبت بالاستفاضة ولم يذكره في المغني ولا في الكافي ولا رأيت في كتاب غيره ولعله قاسه على النكاح والاولى أنه لا يثبت قياساً على الطلاق والنكاح بخلاف الخلع

﴿مسئلة﴾ (وان سمع انساناً يتر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له جاز ان يشهد له به وان كذبه لم يشهد وان سكت جاز ان يشهد ويحتمل ألا يشهد حتى يتكرر)

إذا سمع رجلاً يقول للصبي هذا ابني جاز ان يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا ابني فسكت الاب جاز ايضا لان سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت به النسب فجازت الشهادة به وانما أقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانساب الباطل غير جائز بخلاف سائر

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين وعين المدعي، وبه قال الشافعي وقال مالك يقبل ذلك في الاموال لانهما في الاموال أقيمتا مقام الرجل خلف معهما كما يحلف مع الرجل ولنا ان البيعة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة وما ذكره يبطل بهذه الصورة فانهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الاموال شهادة رجل وامرأتين ولان شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف الى ضعيف فلا يقبل

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من حرزه وأقام بذلك شاهداً وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان وجب له المال المشهود به ان كان باقياً أو قيمته ان كان تالفاً ولا يجب القطع لان هذه حجة في المال دون القطع، وان ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده لم يثبت فصاص ولا دية، والفرق بين المسئلتين ان السرقة توجب القطع والغرم معا فإذا لم يثبت احدهما ثبت الآخر والقتل العمدموجب القصاص عينا في إحدى الروايتين والدية بدل عنه ولا يجب البديل ما لم يوجد البديل

وفي الرواية الاخرى الواجب احدهما لا يمينه فلا يجوز ان يتعين احدهما الا بالاختيار أو التمذر ولم يوجد واحد منهما

الدعاوى ولان الذنب يغلب فيه الاثبات الاترى انه يلحق بالامكان في النكاح؟ ويحتمل ان لا يشهد حتى يتكرر ذكره أبو الخطاب لان السكوت ليس باقرار حقيقي وانما أقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار
 (مسألة) (وان رأى شيئاً في يد انسان يتصرف فيه تصرف المالك من النقض والبناء والاجارة والاعارة ونحوها جاز ان يشهد بالملك)

قال ذلك أبو عبد الله ابن حامد وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي ويحتمل ان لا يشهد الا باليد وتصرف ذكره القاضي لان اليد ليست منحصرة في الملك فانه قد يكون باجارة وإعارة وغضب ووكاة وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع تقويها فخرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها من غصب واجارة أو نحو ذلك يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعاً كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير المالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا، فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم، قلنا الظن يسمى علماً قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني ههنا فجاز بالظن

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه وأنه تزوجها بولي

وقال ابن أبي موسى لا يجب المال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين لأنها شهادة على فعل يوجب الحد والمال فإذا بطلت في أحدهما بطلت في الأخرى والاول أولى لما ذكرناه ، وإن ادعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وأمرأتين أو شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجب للمال ولم يثبت قتل الاول لأنه عمد موجب القصاص فهما كلجنايتين المتفرقتين ، وعلى قول أبي بكر لا يثبت شيء منهما لأن الجنابة عنده لا تثبت إلا بشاهدين سواء كان موجبها المال أو غيره ، ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا فحلف بالطلاق والعناق ما سرق منه ولا غصبه فأقام الدعي شاهداً وأمرأتين شهدا بالسرقة والغصب أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عناق لأن هذه البينة حجة في المال دون الطلاق والعناق وظاهر مذهب الشافعي في هذا الفصل كمنهنا إلا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا

(فصل) ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده وإن ابنها ابنه منها ولد في ملكه وأقام بذلك شاهداً وأمرأتين أو حلف مع شاهده حكمه بالجارية لأن أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها

مرشد وشاهدي عدل ورضاها

لأن الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد معتقدا صحة النكاح وهو فاسد فإن شهد بمقد سواه كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين مبينتين على الروايتين فيما ادعاهما وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وأنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه)

لأن الناس يختلفون في الرضعات وفي الرضاع المحرم فإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصبر به ابنها ولا بد من ذكر أن ذلك في الحولين

﴿مسئلة﴾ (وإن شهد بالقتل احتاج أن يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك فإن قال جرحه فمات لم يحكم به)

لجواز أن يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال اتكأ عليه بمرقعه فمات فقل شريح فمات منه أو فقتله ؟ فأعاد القول الاول فأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا مات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد

﴿مسئلة﴾ (ومن شهد بالزنا فلا بد أن يذكر بمن زنى؟ وأين زنى؟ وأنه رأى ذكره في فرجها)

لأن اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتد الشاهد ما ليس بزنا زناً فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له أوله في وطئها شبهة وذكر المكان لئلا

وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاء باقراره لان اقراره ينفذ في ملكه والملك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ولا يحكم له بالولد لانه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حرية أيضاً فعلى هذا يقر الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لان من ثبتت له العين ثبت له نساؤها والولد نساؤها ، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولي الشافعي

ولنا أنه لم يدع الولد ملكا وإنما يدعي حرية ونسبه وهذا لا يثبتان بهذه البيئتين فيقيان على ما كانا عليه (فصل) وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته فانكرت ثبت ذلك بشاهد وامرأتين أو يمين المدعي لانه يدعي المال الذي خالعت به وإن ادعت ذلك المرأة لم يثبت الا بشهادة رجلين لانها لا تقصد منه الا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك الا بهذه البيئتين

﴿مسألة﴾ قال (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والميض والمدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق

تكون الشهادة منهم على فئتين ومن أصحابنا من قال لا يحتاج الى ذكر الزني بها ولا ذكر المكان لانه محل الفعل فلا يعتبر ذكره كالزمان والاول أولى والزمان ممنوع في أحد الوجهين فانه يشترط ذكره لتكون شهادتهم على فعل واحد لجواز ان يكون ماشهده احدهما غير ماشهده به الآخر ولان الناس اختلفوا في الشهادة في الحد مع تقادم الزمان فقال ابن أبي موسى لا تقبل لان عمر قال من شهد على رجل بحد فلم يشهد حين يصيبه فانما يشهد على ضعف وقال غيره من أصحابنا تقبل لانها شهادة بحق فجازت مع تقادم الزمان كالقصاص ولانه قد يعرض له ما يمنعه الشهادة في حينها ويتمكن منها بعد ذلك

﴿مسألة﴾ (ومن شهد بالسرقه فلا بد من ذكر السرقة منه والنصاب والحرز وصفه السرقة)

لاختلاف العلماء في ذلك

﴿مسألة﴾ (وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقدوف وصفه القذف) لذلك

﴿مسألة﴾ (وان شهدا ان هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم به حتى يقولوا ولدته في ملكه)

إذا ادعى عبداً انه له فشهد له شاهدان انه ابن أمة أو ادعى ثمرة شجرة فشهدت له البيئتين انها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز ان تكون ولدته قبل تملكها وانتمت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها، وان قالت البيئتين ولدته في ملكه أو انتمتها في ملكه حكم له بالولد والثمرة لانها شهدت أنها مملوكة ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه فان قيل فقد قلتم لا تقبل شهادة بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق

والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فانت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فاعرض عني ثم أتيت فقلت يا رسول الله انها كاذبة قال « كيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة وتخالف العقد فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانه يكون بعد الولادة وخالفه أصحابه وأكثر اهل العلم لانه يكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال فأشبهه الولادة نفسها

وقد روي عن علي رحمه الله انه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال . رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور إلا انه من حديث جابر الجعفي وأجازه شريح والحسن والحارث العكلي وحامد (فصل) إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فانه تقبل فيه شهادة

قلنا الفرق بينهما على تقديم التسايم ان النماء تابع للملك في الاصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع وجري مجرى ما لو قال ملكته منذ سنة واقام البينة بذلك فان ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال فيكون له النماء فيما مضى ، ولان البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أفرضه ألقاً أو باعه ثبت الملك وان لم يذكره فمع ذكره أولى

﴿مسئلة﴾ (وان شهدت انه اشتراها من فلان أو وقفها عليه أو أعتقها لم يحكم بها حتى يقولوا هي في ملكه)

لما ذكرنا في المسئلة قبلها ولانه يجوز ان يبيع ويقف ويعتق ما لا يملك

﴿مسئلة﴾ (وان شهد ان هذا الغزل من قطنه والطائر من بيضته أو الدقيق من حنطته حكم له بها)

لانه لا يتصور ان يكون الطير من بيضته قبل ملكه البيضة وكذلك الغزل والدقيق ولان الغزل عين القطن وانما تغيرت صفته والدقيق اجزاء الحنطة تفرقت والطير هو البيض استحالة فكان البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فانها غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقول باضا في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نمانه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا

(فصل) وإذا مات رجل فادعي آخر انه وارثه فشهد له شاهدان انه وارثه لا يعلمان له وارثا غيره سلم المال اليه سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا البلد احتمل ان يسلم المال اليه واحتمل ان لا يسلم اليه حتى يستكشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر اليها)

المرأة الواحدة وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثوري لأن كل جنس يثبت به الحق كفي فيه اثنان كالرجال ولأن الرجال أكمل منهن عقلاً ولا يقبل منهم إلا اثنان وقال عثمان البتي يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل وقال أبو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعي وأبو ثور لا يقبل فيه إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولأن النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشادة رجل »

ولنا ما روى عقبة بن الحارث أنه قال تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فجئت الى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فاعرض عني ثم ذكرت له ذلك فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟ » متفق عليه ، وروى حذيفة أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة ذكره الفقهاء في كتبهم ، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « يجزىء في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات

وجملة ذلك أن من ادعى أنه وارث فلان الميت فشهد له شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثا غيره قبأت شهادتهما وسلم المال اليه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعنبري ، وقال ابن أبي ليلى لا يقبل حتى يبيننا أنه لا وارث له سواء

ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فكفي فيه الظاهر مع شهادة الاصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وكذلك ذكره شيخنا ويحتمل أن لا يقبل الا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما أن قالوا لا نعلم له وارثاً بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا احتمل أن يسلم المال اليه وبهذا قال أبو حنيفة كما لو قالوا لا نعلم له وارثاً وذكر ذلك مذهباً لاخذ واحتمل أن هذا ليس بدليل على عدم وارث سواء لانهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الارض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالوا لا نعلم له وارثا في هذا البيت وهذا قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد وهو أولى أن شاء الله تعالى

(فصل) إذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن الميت لانعلم له وارثاً سواء وشهد آخران لاخران هذا الغلام بن هذا الميت لانعلم له وارثاً سواء فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لانه يجوز أن تعلم كل بيئة ما لم تعلمه الأخرى .

وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم وقول النبي ﷺ « وسلم شهادة امرأتين بشهادة رجل في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل »

(فصل) فان شهد الرجل بذلك فقال أبو الخطاب تقبل شهادته وحده لانه أكل من المرأة فاذا اكتفي بها وحدها فلا نيكفي به أولى ولان ما قبل فيه قول المرأة واحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية **مسئلة** قال (ومن لزمته الشهادة فليبه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسمعه اتخلف عن اقامتها وهو قادر على ذلك)

وجامته ان اداء الشهادة من فروض الكفايات فان تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواء لزمه القيام بها وان قام بها اثنان غيره سقط عنه اداؤها اذا قبلها الحاكم فان كان تحملها جماعة فادائها واجب على الكل اذا امتنعوا اتموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم او الوالدين والاقربين ان يكن غنيا او فقيرا فالله أولى بهما) وفي الآية الاخرى (كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ان تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) ولان الشهادة امانة فلزمه اداؤها عند طلبه كالوديعة ولقوله تعالى (ان الله

مسئلة (وتجاوز شهادة المستخفي)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه لئلا يسمع اقراره ولا يعلم به مثل أن يجحد الحق علانية ويقر به سرا فيختبئ شاهداً في موضع لا يعلم بهما لئلا يسمع اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة، وهو قول الشافعي وروي عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته اختاره أبو بكر وابن أبي موسى وروي ذلك عن شريح والشعبي لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروي عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بحديث ثم التفت فمى أمانة » يعني انه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره وقال مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً يتخذ ع لم يقبل عليه وان لم يكن كذلك قبلت . ولنا انهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بهما .

مسئلة (ومن سمع رجلاً يقر بحق أو يشهد شاهداً بحق او سمع حاكماً يحكم او يشهد على حكمة وانفاذه جاز أن يشهد به في إحدى الروايتين ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك) اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن سمع رجلاً يقر بحق فالمذهب انه يجوز ان يشهد عليه وان لم يقل للشاهد اشهد علي وهي التي ذكرها الحرقى . وبه قال الشعبي والشافعي، وعن أحمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له اشهد على شهادتي وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين شهد ، لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون قد وفاه وعنه

يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) فان عجز عن اقامتها او تغرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم)

(فصل) ومن له كفاية فليس له اخذ الجعل على الشهادة لانه اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضا، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له اخذ، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية فاذا اخذ الرزق جمع بين الامرين وان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك ايضا واحتمل ان لا يجوز لثلا يأخذ العوض عن اداء فرض عين وقيل استحباب الشافعي لا يجوز اخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره ؟ على وجهين

(مسئلة) قال (وما أدركه من الفعل نظرا او سمعه تيقنا وان لم ير المشهود عليه شهد به)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز الا بما علمه بدليل قوله تعالى (الا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا) وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر ولان مدرك الشهادة الرؤية والسمع وهما بالبصر والسمع وروي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قل «هل ترى الشمس؟» قال نعم قال — على مثلها فاشهد او دع» رواه الخلال في الجامع

رواية رابعة اذا سمع شيئا فدعي إلى الشهادة به فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه اذا شهد ان يشهد (ولا يأب الشهداء اذا ماعوا) قل اذا شهدوا وقال ابن أبي موسى اذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسع الشاهد أن يشهد عليه فيقول أشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا، وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجوز ان يشهد به والصحيح الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان يشهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال فلما الشهادة على الشهادة فهي ضعيفة فاعتبرت تقويتها بالاسترعاء وذكر القاضي ان في الافعال روايتين

(احدهما) لا يشهد به حتى يقول له المشهود عليه اشهد، قال شيخنا وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليه بالكلية فان الغاصب لا يقول لاحد اشهد اني غصبته ولا السارق ولا الزاني واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكر وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل اشهدكم أولا؟ ولا قاله للذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عثمان للذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر ولم يقل هذا احدهم الصحابة ولا غيرهم ولا باطنا عن حاكم من حكام المسلمين في قديم اندهر وحديثه أنه رد شهادة على فعل بكون الشاهد لم يحملها فحصل ذلك اجماعاً ولان الشاهد مخبر صادق وهذا يحصل من غير ان يقال له اشهد وكذلك ان سمع

باسناده . إذا ثبت هذا فإن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان الرؤية والسمع وما عداهما من مدراك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة اليها في الشهادة في الاغلب فأما ما يقع بالرؤية فالأفعال كالغصب والاتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الأفعال وكذلك الصفات الرئيسية كالعيوب في البيع ونحوها فهذا لا تدخل الشهادة فيه إلا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك وأما السماع فنوعان

(أحدهما) من المشهود عليه مثل العتود كالبيع والاجارة وغيرها من الأقوال فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتبين أنه كلامهما وهذا قال ابن عباس والزهري وربيعة والليث وشرح وعطاء وابن أبي ليلى ومالك وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لأن الأصوات تشبه فلا يجوز أن يشهد عليهما من غير رؤية كالخط ولما اندعرف المشهود عليه يتيقن فجازت شهادته عليه كالوراء وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يتيقن وقد يحصل العلم بالسمع يتيقن وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الأعمى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن وأما النوع الثاني فسنذكره إن شاء الله تعالى في المسئلة التي تلي هذا

الحاكم يحكم أو شهد على حكمه وإنفاذه جاز أن يشهد على ذلك في أظهر الروايتين والأخرى لا يجوز حتى يشهده ووجهها ما ذكرنا والله أعلم (فصل) ولو حضر شاهدان حسابا بين رجلين شرطاً عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاهما منهما ولم يسقط ذلك بشرطهما لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه وقد حصل ذلك سواء شهد أو منعه وكذلك يشهدان على العتود بحضورهما وعلى الجنائيات بمشاهدتهما ولا يحتاجان إلى إظهاره وبه قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي (فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) حق لآدمي معين كالخقوق المالية والتمسك وغيره من العقود والعتوبات كالتصاص وحد التذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى لأن الشهادة فيه حق لآدمي فلا يستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ولا نهابة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقديمها (الضرب الثاني) ما كان حقاً لآدمي غير معين كالوقوف على الفقراء والمساكين أو على مسجد أو سقاية أو متبرة مسجلة أو وصية لشيء من ذلك أو نحو هذا وما كان حقاً لله تعالى كالحدود انخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تقتصر الشهادة إلى تقدم الدعوى لأن ذلك ليس له مستحق معين من الأديين يدعيه ويطالب به ولذلك شهد أبو بكر وأصحابه على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى فاجزيت شهادتهم

(فصل) اذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز ان يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً وان لم يعرف ذلك لم يحز ان يشهد عليه مع غيبته وراز ان يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه نص عليه أحمد قال مهنا سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا الأنة يشهد له فقال اذا قال أشهد ان لهذا على هذا وعما شاهدان جميعاً فلا بأس وان كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه

(فصل) والمرأة كالرجل في انه اذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز ان يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها قال أحمد في رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد الا على امرأة قد عرفها وان كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد فأما ان لم يعرفها فلا يجوز ان يشهد مع غيبتها ويجوز ان يشهد على عينا إذا عرف عينا ونظر الى وجهها قال أحمد ولا يشهد على امرأة حتى ينظر الى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من تيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقينا فيجوز ان يشهد عليها اذا تيقن صوتها على ما قدمناه في المسئلة قبلها فان لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فقد روي عن أحمد انه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفة لها وقل لا يجوز للرجل ان يقول للرجل انا أشهد ان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره وقال القاضي

ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى من ذلك ما لا يتعلق به حق أحد كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه الدعوى فلو شهد شاهدان بعق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود عليه أو لم يصدقهما وهذا قال الشافعي وقال به أبو حنيفة في الأمة وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فاشبه سائر حقوق ولما أنها شهادة بعق فلا تنتقر الى تقدم الدعوى كعتق الأمة وتخالف سائر حقوق الا دحي لانه حق لله تعالى ولهذا لا ينتقر الى قبول العتق ودليل ذلك الأمة وبه يبطل ما ذكره فان قال الأمة يتعلق باعتاقها تحريم الوطاء قلنا هذا لا أثر له فان البيع يوجب تحريراً عليه ولا تسمع الشهادة الا بعد الدعوى

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً أحمر وشهد الآخر أنه غصبه ثوباً أبيض أو شهد أحدهما أنه غصبه اليوم وشهد الآخر أنه غصبه أمس لم تكمل البيعة وكذلك كل شهادة على الفعل اذا اختلفا في الوقت)

متى كانت الشهادة على فعل اختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً يوم السبت بدمشق ويشهد الآخر أنه غصبه بصر أو يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر أنه غصبه ثوباً فلا تكمل الشهادة لان كل فعل لم يشهد به شاهدان. وهكذا ان اختلفا في زمن القتل ومكانه أو صفته أو في شرب الخمر أو القذف

يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه وقال أحمد لا يشهد على امرأة إلا باذن زوجها وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيدها يشهد عليها إلا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء إلا باذن أزواجهن رواء أحمد في مسنده فأما الشهادة عليها في غير بيدها فجازة لأن إقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به

(فصل) وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر أنه شهد به فهل يجوز أن يشهد بذلك؟ فيه روايتان (أحدهما) لا يجوز أن يشهد بها قال أحمد في رواية حرب في من يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة قل لا يشهد إلا بما يعلم وقال في رواية غيره يشهد إذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة إلا هكذا؟ وقال في موضع آخر إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخاً عنده موضوعاً تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ، وقال أيضاً إذا كان رديء الحفظ فيشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بنزلة القاضي في إحدى الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك

لم تكمل الشهادة لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر فإن هذه الشهادة تكمل وبثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان أو المكان، فاما أن اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد الآخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر أنه سرقه عشيماً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل الشهادة والاول اصح لأن كل فعل لم يشده إلا واحد على ما قدمناه فإن اختلفا في صفة المشهود به اختلفا في وجوب تغيرها مثل أن يشهد أحدهما بشوب والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل لأنه لا يمكن إيجابها جميعاً لأنه يكون إيجاب حق عليه بشهادة واحد ولا إيجاب أحدهما بعينه لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر فاما أن تشهد بكل فعل شاهدان واختلفا في المكان أو الزمان أو الصفة ثبتا جميعاً لأن كلا منهما قد شهد به بينة عادلة لو انفردت أثبت الحق وشهادة الأخرى لا تعارضها لا مكان الجمع بينهما إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه فتعارض البيتان لعدمنا أن أحدهما كاذب ولا نعلم أيتها هي؟ بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه فانهما يثبتان جميعاً أن ادعاهما وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعه، وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيساً أسود وشهد آخر أن أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض أو شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخر أن أنه سرقه عشيماً فقال القاضي يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلاً، قال شيخنا والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لأنه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض

﴿مسألة﴾ (قال وما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في قلبه شهده به كالشهادة

على النسب والولادة)

هذا النوع الثاني من السماع وهو ما يعلمه بالاستقضاة وأجمع اهل العلم على صحة الشهادة بها في النسب والولادة قال ابن المنذر اما النسب فلا اعلم احدا من اهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به اذ لا سبيل الى معرفته قطعاً بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف احدا بابه ولا أمه ولا احداً من اقاربه وقال قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون أبناءهم) واختلف اهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستقضاة غير النسب والولادة فقال اصحابنا هو تسعة أشياء النكاح. والملك المطلق. والوقف. ومصرفه. والموت. والعتق والولاء. والولاية. والعنل. وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقل بعضهم لا تجوز في الوقف والولاء والعتق والزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع فانها شهادة بعند فاشبهه سائر العقود وقال أبو حنيفة لا تقبل الا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال اشبه الدين وقال صاحباه يقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس ولنا ان هذه الاشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدتها أسبابها فجازت الشهادة

وأسود وتشهد كل بيئة باحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشيا ومع إمكان الجمع لا تعارض فلي هذا ان ادعاها المشهود له ثبتا له في الصورة الاولى وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فاعلينا لسنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه، وإن لم يدع المشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه، وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر أو شهد أحدهما بسرقة من مكان وشهد آخر بسرقة في مكان آخر أو شهد أحدهما بغصب كيس أبيض وشهد آخر بغصب كيس أسود فادعاها المشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد له شاهد وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لانه لم يدعه.

﴿مسألة﴾ (وإن شهد أحدهما انه أقر له بألف أمس وشهد آخر انه أقر له بألف اليوم أو شهد أحدهما انه باعه داره أمس وشهد آخر انه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع والافرار وكذلك كل شهادة على انقول)

أما إذا شهد أحدهما انه أقر له بألف أمس وشهد آخر انه أقر له بألف اليوم كملت البينة، لان الالف التي شهد بها أحدهما هي الالف التي شهد بها الآخر ولان الشاهدين شهدا بألف وان شهد أحدهما انه باعه أمس وشهد آخر انه باعه اليوم أو شهد أحدهما انه طلقها أمس وشهد آخر انه طلقها

عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسمع وقال مالك السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروزي اشهد ان دار بختان لبختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهد النكاح ؟ فقال نعم اذا كان مستفيضاً فأشهد اقول ان فاطمة ابنة رسول الله ﷺ وان خديجة وعائشة زوجاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة . فان قيل يمكنه العلم في هذه الاشياء بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سبباً يقيناً فإنه يجوز ان يشتري ما ليس بملك البائع ويصطاد صيداً صادماً غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي يمكن الشهادة في الوقف باللفظ لا يصح لان الشهادة ليست بالعقود ههنا وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن انقطاع بالملك لانها مترتبة على الملك فوجب ان تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالمالك سواء قال مالك ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ الا على السماع . اذا ثبت هذا فكلام أحمد والخرقي يقتضي ان لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الاخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم لقول الخرقي : فيما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في القلب يعني حصل العلم به وذكر القاضي في المجرد أنه يكفي ان يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه الى خبرهما لان الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي واقول الاول هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرة ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع

اليوم ، فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لا تكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبهه مالو شهد بالغضب في وقتين . ووجه قول أصحابنا أن المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد اخرى ويكرن واحداً فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد احدهما بالعربية والاخر بالفارسية وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع الا النكاح فانه كالفعل إذا شهد احدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً لان النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل .

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك القذف إذا شهد احدهما انه قذفه غدوة وشهد الآخر انه قذفه عشية أو شهد احدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالعجمية أو اختلفا في المكان لم يثبت القذف) لان القذف في مكان غير القذف في المكان الآخر وكذلك الاختلاف في الزمان وقال أبو بكر يثبت القذف لان المشهود به واحد وإن اختلفت العبارة واختلف الزمان والاول المذهب (فصل) في الشهادة على الاقرار بالفعل مثل أن يشهد أحدهما انه أفر عندي يوم الخميس بدمشق

(فصل) فإن كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والاعارة والاجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبد الله بن حامد يجوز أن يشهد له بملكها وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي قال القاضي ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده من الملك واليد والتصرف لأن اليد ليست منحصرة في الملك قد تكون باجارة واعارة وغصب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجزت مجرى الاستفاضة فجاز أن يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمل كونها عن غصب أو اجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانع كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا بهنا . فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم . قلنا الظن يسمى علما قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني ههنا فجازت بالظن

(فصل) وإذا سمع رجلا يقول لصبي هذا ابني جاز أن يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا أبي والرجل يسمعه فسكت جاز أن يشهد ايضاً لأن سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به وإنما اقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لأن الاقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى ولأن النسب يغلب فيه الاثبات الآتية أنه يلحق بالامكان في

أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو ان له في ذمته كذا ويشهد الآخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال زفر لا تكمل شهادتهما لأن كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة كالشهادة على الفعل

ولنا ان المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أما كنهم لا في جمعهم إلى الشهود له فيمضي اليهم في أوقات منفردة وأما كن مختلفة فيشهدهم على إقراره فان كان الاقرار بفعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد انه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي انه قذفه بالمجنية لم تكمل الشهادة لأن الذي يشهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنائير وشهد الآخر أنه غصبه دراهم لم تكمل وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لأن القذف بالعربية أو المجنية والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقضي فلا تعتبر في الشهادة والاول أصح

التكاح ؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر لأن السكوت ليس بإقرار حقيقي وإنما اقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار (فصل) وإذا شهد عدلان أن فلانا مات وخلف من الورثة فلانا وفلانا فلا نعلم له وارثا غيرهما قبلت شهادتهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعباسي وقال ابن أبي ليلى لا تقبل حتى يبين أن لا وارث له سواهما .

ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فيكفي فيه الظاهر مع شهاد الأصل بعدم وارث آخر قل أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وبمحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما أن قالوا لا نعلم له وارثا بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا لم تقبل وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقضى به كما لو قالوا لا نعلم له وارثا وذكر ذلك مذهبا لآحمد أيضاً

ولنا أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث لأنها قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الأرض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالوا لا نعلم له وارثا في هذا البيت

(فصل) فإن شهد أحدهما أنه غصبه هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة ويحكم بها لأنه يجوز أن يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على إقراره بالغصب وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على إقرارين فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر إذا كانا في وقتين مختلفين ولأنه إذا أمكن جعل الشهادة على فعل واحد لم يحمل على اثنين كالأقرارين وكما لو شهد بالغصب اثنان وشهد على الإقرار به اثنان فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لأنهما لم يشهدا على شيء واحد وإن شهد أنه أخذه من يده ألزمه الحاكم رده إلى يده لأن اليد دليل الملك فيرده إلى يده لتكون دلائلها ثابتة له قال مهنا سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى داراً في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما قال أشهد أن هذه الدار لفلان وقال الآخر أشهد أن هذه الدار دار فلان قل شهادتهما جائزة

(مسئلة) (وإن شهد شاهد أنه أقر له بألفين وشهد آخر أنه أقر له بألف ثبت الألف ويحلف على الآخر مع شاهده إن أحب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحته الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وإبي يوسف ومحمد وإسحاق وإبي

﴿مسئلة﴾ قال (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلًا مسلمًا بالغًا عدلًا لم تجز شهادته)

وجملته ان يعتبر في الشاهد سبعة شروط (أحدها) ان يكون عاقلًا ولا تقبل شهادة من ليس بعقل اجماعًا قاله ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية وذلك لانه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ولانه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه (الثاني) ان يكون مسلمًا ونذكر هذا فيما بعد ان شاء الله تعالى (الثالث) ان يكون بالغًا فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال يروى هذا عن ابن عباس وبه قال اقسام وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى ان شهادتهم تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحو عليها وهذا قول مالك

لان الظاهر صدقهم وضبطهم فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم لانه يحتمل ان يلقنوا قال ابن الزبير ان أخذوا عند مصاب ذاك فبالخري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوع وذكره عن مروان وروى عن أحمد رواية ثالثة ان شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود واقصاص كالعبيد وروى عن علي رضي الله

عبيد وحكي عن الشعبي انه شهد عنده رجلان شهد احدهما انه طلقها تطليقة وشهد آخر انه طلقها تطليقتين فقبل قد اختلفا قوماً وحكي عن أبي حنيفة انه إذا شهد شاهد انه أقر بالف وشهد آخر انه أقر بألفين لم تكمل الشهادة لأن الاقرار بالالف غير الاقرار بألفين ولم يشهد بكل اقرار الا واحد .

ولنا ان الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يرد احدهما على صاحبه وما ذكره من ان كل إقرار إنما شهد به واحد يبطل بما إذا شهد احدهما انه أقر بالف غدوة وشهد الآخر انه أقر بألف عشيا فن الشهادة تكمل مع ان كل اقرار إنما شهد به واحد فاما ما انفرد به احدهما فان للمدعي ان يحلف معه ويستحق هذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلق الشهادة او لم تختلف الاسباب والصفات .

(فصل) إذا شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسة مائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسة مائة في الالف ووجب له الالف بالشاهدين، وان اختلفت الاسباب والصفات وجب له الالف والخمسة مائة ولم يدخل احدهما في الآخر لانهما مختلفان

﴿مسئلة﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد آخر أن له عليه ألفين فهل تكمل البيعة على ألف ؟ على وجهين)

(أحدهما) : تكمل كالتي قبلها ، (والثاني) : لا تكمل لانه يحتمل أن يكون الالف للمنفرد من غير الألفين .

عنه ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد وروى الامام احمد باسناه عن مسروق قال كنا عند علي فجاء خمسة غلمة فقالوا انا كنا ستة غلمة نتغاط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين انها غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق والمذهب ان شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال — واشهدوا ذوي عدل منكم — وقال — ممن ترضون من الشهداء — والصبي ممن لا يرضى وقال — ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) فأخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يأثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لا يخاف من مانم الذنب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ولان من لا يقبل قوله على نفسه في الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا ان الاقرار أوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولان من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله لا تقبل على مثله كالمجنون (الشرط الرابع) العدالة لقول الله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) ولا تقبل شهادة الفاسق لذلك ولقول الله تعالى (ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق والشهادة بناءً فيجب

﴿مسألة﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً من قرض وشهد الآخر أن له عليه ألفاً من مبيع لم تكمل البيعة)

أما اذا اختلفت الاسباب والصفات مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وآخر بألف من مبيع أو يشهد شاهد بألف مبيع وآخر بألف سود أو يشهد أحدهما بألف دينار والآخر بألف درهم لم تكمل البيعة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها أو يحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به ﴿مسألة﴾ (وإن شهد شاهدان أن له عليه ألفاً وقال أحدهما قضاؤه بعضه بطات شهادته نص عليه وإن شهد أنه أقرضه ألفاً وقال أحدهما قضاؤه نصفه صح شهادتهما)

إذا شهدا أن له عليه ألفاً ثم قال أحدهما قضاؤه نصفه بطلت شهادته وهكذا ذكره أبو الخطاب وذلك بأنه شهد بأن الالف جميعه عليه فاذا قضاؤه بعضه لم يكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتمسدت شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة واقرار بغلط نفسه وهذا لا يقول ذلك على وجه الرجوع والنصوص عن أحمد ان شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكم قضاؤه منه خمسمائة افسدت شهادته والمشهور له ما اجتمع عليه وهو خمسمائة فصحت شهادته في نصف الالف الباقي وأبطالها في النصف الذي ذكر أنه قضاؤه لانه بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فأشبه ما لو قال أشهد بألف بل خمسمائة قال أحمد ولو جاء

التوقف عنه وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لا يراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ما اقترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره قال الله تعالى (انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يؤسر رجل بغير العدول ولان دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان

(احدهما) من حيث الافعال فلا نعلم خلافا في رد شهادته (والثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضا وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وقال شريك أربعة لا تجوز شهادتهم (رافضي) يزعم ان له إماما مقترضة طاعته (وخارجي) يزعم ان الدنيا دار حرب (وقدري) يزعم ان المشيئة اليه (ومرجعي) ورد شهادة يعقوب وقال ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الايمان ؟ وقال أبو حامد من أصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثة أضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهؤلاء لا يفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين .

بعد هذا المجلس فقال أشهد انه قضاء منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى الشهادة فهذا يحتمل أنه اراد إذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتها وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد قالما ان شهد أنه أقرضه ألفا ثم قال أحدهما قضاء منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجهاً واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

﴿مسئلة﴾ (وإن كانت له دينة بألف فقال أريد ان تشهد لي بخمسمائة لم يجز)

وعند أبي الخطاب يجوز قال أحمد إذ شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم الا على مائتين فقال له صاحب الحق أريد ان تشهد لي على مائة لم يشهد الا بألف قال القاضي وذلك ان على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو سأل للشاهد ان يشهد ببعض ما اشهد لسأل للقاضي ان يقضي ببعض ما شهد به الشاهد وقال أبو الخطاب عندي يجوز بذلك لان من شهد بألف فقد شهد به بمائة وإذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد اقرضه مائة مرة وتسمائة أخرى . قال شيخنا والاول أصح لما ذكر القاضي لان شهادته بمائة ربما اوهمت ان هذه المائة غير انتي شهدت باصله فيؤدي الى ايجابها عليه مرتين قل أحمد إذا

(الثاني) من نفسه ولا تكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(الثالث) من تكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفي الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة ، وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء قال : وقال أحمد ما تعجبني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية لمعلنة وظاهر قول الشافعي وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني النضر ممن يرى الاعتزال قل الشافعي إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية وهم أصحاب أبي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً أنه الحق ولم يرتكبوه علمين بتحريمه بخلاف فسق الأفعال

قال أبو الخطاب ويخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به ، وقد روي عن أحمد جواز الرواية عن القديري إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة ولنا أنه أحد نوعي الفسق فتدبر به الشهادة كالنوع الآخر ، ولأن المبتدع فاسق فتدبر شهادته الآية والمعنى .

(الشرط الخامس) أن يكون متيقظاً حافظاً لما يشهد به ، فإن كان مغفلاً أو معروفاً بكثرة الغلط لم تقبل شهادته

(الشرط السادس) أن يكون ذا مروءة (الشرط السابع) انتفاء الموانع وسنشرح هذه الشروط في مواضعها إن شاء الله تعالى

قال أشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول أشهدوني على مائة ومائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان

(فصل) قال أحمد إذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لأنه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن يحمل الشهادة عليه

(فصل) إذا شهد شاهد أنه باعه هذا العبد بالف وشهد آخر أنه باعه إياه بخمسمائة لم تكمل البيعة لاختلافهما في صفة البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه فإن شهد بكل عقد شاهدان ثبت البيعان فإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهدا أنه باعه هذا العبد مع الزوال بالف وشهد آخر أنه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البيعتان وسقطتا لأنه لا يمكن اجتماعهما وكل بيعة تكذب الأخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لأن التعارض إنما يكون مع البيعتين الساميتين

(فصل) ظاهر كلام الخرق أن شهادة البدوي على من هو من أهل القرية وشهادة أهل القرية على البدوي صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط وهو قول ابن سيرين وأبي حنيفة والشافعي وأبي ثور واختاره أبو الخطاب

وقال الإمام أحمد أخشى أن لا تقبل شهادة البدوي على صاحب القرية فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبي عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقيين في الجراح احتياطاً للداء ، واحتج أصحابنا بما روى أبو داود في سننه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولأنه متهم حيث عدل عن أن يشهد قروياً وأشهد بدوياً . قال أبو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بمحقوق الله تعالى والجفاء في الدين

ولنا أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ونخصه بهذا لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته

﴿باب شروط من تقبل شهادته﴾

وهي ستة أحدها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل ممن هو في حال العدالة وعنه لا تقبل إلا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنها لا تقبل شهادة الصبي ما لم يبلغ روي هذا عن ابن عباس وبه قال انقاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رواية ثانية أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والتقصاص كالعبيد وروي عن علي رضي الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال إبراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قول المغيرة وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد . وروي الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قال كنا عند علي فجاء خمسة غلمة فقلوا أنا كنا ست غلمة تتغط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين أنها غرقاه وشهد الاثنين على اثلاثة أنهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة أخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق وعنه رواية ثالثة أن شهادتهم لا تقبل إلا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم وهو قول مالك لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ولا تقبل بعد الافتراق لأنه يحتمل أن يلتقوا . قال ابن الزبير إن أخذوا عند مصاب

﴿مسئلة﴾ قال (والعدل من لم تظهر منه ريبة وهذا قول ابراهيم النخعي واسحاق)

وجملته أن العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله قال القاضي يكون ذلك في الدين والمروءة والاحكام ، أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرج من العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم وألفوا حش إلا اللثم) قيل اللثم صفار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن ، جاء عن النبي ﷺ انه قال :

إن تنفر الائم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما ؟

أي لم يلم فإن لامع الماضي بمنزلة لم مع المستقبل وقيل الائم إن يلم بالذنب ثم لا يعود فيه والكبائر كل معصية فيها حد والاشراك بالله ، وقتل النفس التي حرم الله وشهادة الزور وعقوق الوالدين وروى ابو بكرة أن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ الاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين — ركان متكئاً فجلس فقال — ألا وقول الزور وقول الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت . متفق عليه

قال احمد ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله واذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لا يكون عدلا ولا يكون ابنه عدلا اذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لان النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه

ذلك فبالحرري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (ممن ترضون من الشهداء) والصبي لا يرضى وقال جل وعز (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) فأخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يأثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لا يخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنع منه فلا تحصل الثقة بقواه ولان من لا يقبل قوله على نفسه في الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يخفى هذا ان الاقرار اوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولان من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق

(واثنى) العقل فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون الا من يخفى في الاحيان إذا شهد في حال افاقته ولا تقبل شهادة من ليس بعقل اجماعا قال ابن المنذر وسواء ذهب عقله بمجنون أو سكر أو صغر لانه ليس بمحصل ولا يحصل الثقة بقوله فاما من يخفى في الاحيان إذا شهد في حال افاقته فتقبل شهادته لانها شهادة من عاقل أشبه من يخفى

وقل عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو داود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فلما الصغائر فإن كان مصرّاً عليها ردت شهادته وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم امكان التحرز منه .

وأما المروءة فاجتناب الامور الدينية المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) من الافعال كالاكل في السوق يعني به الذي ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ولا يعني به أكل الشيء اليسير كالكمسة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجله في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرها بحضرة الناس بالخطاب الفاحش أو يحدث الناس بما ضمته أهله ونحو هذا من الافعال الدينية ففاعل هذا لا تقبل شهادته لأن هذا سخف ودناءة فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله ، قال احمد في رجل شتم بهيمة قال : الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب

وقد روى أبو مسعود البصري قال قال رسول الله ﷺ « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى » إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعني من لم يستح صنع ما شاء ولان المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

(الثالث) الكلام فلا تقبل شهادة الاخرس نص عليه أحمد قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري وهو قول أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل إذا فهمت اشارته انما مقام نطقه في كل أحكامه من كلامه ونكاحه وغير ذلك فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بان النبي ﷺ أشار وهو جالس الى الناس وهم قيام « ان اجلسوا فجلسوا »

ولنا انها شهادة بالاشارة فلم تجز كالشارة الناطق لان الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيحاء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وانما كتفي بإشارته في احكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا وما استدلل به ابن المنذر لا يصح فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته الى الصلاة ولو شهد الناطق بالاشارة والاياء لم تصح شهادته اجماعاً فعلم ان الشهادة تفارق غيرها من الاحكام ويحتمل ان تقبل فيما طريقه الرؤية إذا فهمت إشارته لان إشارته بمنزلة نطقه كافي سائر احكامه والاول اولى لانا إنما قبلنا إشارته فيما يختص به للضرورة ولا ضرورة ههنا

(الرابع) الاسلام فلا تقبل شهادة كافر إلا اهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم وحضر الموصي الموت فتقبل شهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله وانها لو وصية الرجل بعينه فان عثر على انها استحقا إنما قام آخرا من اولياء (المغني والشرح الكبير) (٥) (الجزء الثاني عشر)

وقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأل قيسر عن النبي ﷺ وصفته فقال : والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ، ولم يكن يومئذ ذا دين ولأن الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في المذلة كلدين ومن فعل شيئاً من هذا محتفياً به لم يمنع من قبول شهادته لأن مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلاً لم ترد شهادته لأن صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ولأن المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادته .

(النوع الثاني) في الصناعات الدنيئة كالسكاح والكناس لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلاً أتى ابن عمر فقال له أني رجل كناس قال أي شيء تكنس ؟ الزبل ؟ قال : لا . قال فالعذرة ؟ قال : نعم قال - منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت ؟ قال نعم . قال الأجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه . وعن ابن عباس مثله في السكاح ولأن هذا دناءة يمتنعه أهل المروءات فأشبهه الذي قبله . فأما الزبال والقراد والحجام ونحوهم ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانه دناءة يمتنعه أهل المروءات فهو كالذي قبله (والثاني) تقبل لأن بالناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة

الوصي خلفاً بالله لشهادتنا احق من شهادتهما ولقد خانا وكتماناً ويقضى لهم وعنه ان شهادة بعض اهل الذمة تقبل على بعض والاول المذهب

وجملة ذلك ان شهادة اهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر الا في الوصية في السفر على ما ذكره ذكره الحرقى ، وروى ذلك عن احمد نحو من عشرين نفساً ومن قل لا تقبل شهادتهم الحسن وابن ابي ليلى والاوزاعي ومالك وابو ثور ونقل حنبل عن احمد ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وخطاه الخلال في نقله هذا وقال صاحبه ابو بكر هذا غلط لا شك فيه وقال ابن حامد بل المسئلة على ووايتين قال ابو حفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم على بعض في النسب إذا ادعى احدهم ان الآخر اخوه والمذهب الاول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك وذهبت طائفة من اهل العلم إلى ان شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار واثوري وابي حنيفة واصحابه وعن قتادة والحكم وابي عبيد واسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي ويروى عن الزهري والشعبي كقولنا وقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر ان النبي ﷺ اجاز شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجه ولأن بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)

في وقتها ويصلها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجها واحداً وأما الحيائك والحارس والديابغ فهي اعلى من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة وذكرها أبو الخطاب في جملة ما فيه وجهان وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها الا من كان منهم يحلف كذباً أو يعد ويخلف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها أو لا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته محرمة كصانع المزامير والطناير فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصانع والصير في ولم يتوق ذلك ردت شهادته

(فصل) في اللعب كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خلا من اقام وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانيين ولا من احدهما فنه ماهو محرم ومنه ما هو مباح فأما المحرم فاللعب بالترد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر اصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم

ولنا ما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال «من لعب بالردشير فقد عصي الله ورسوله» وروى بريدة ان النبي ﷺ قال «من لعب بالردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» رواها ابو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب الردشير لم يسلم عليهم إذا ثبت هذا فن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهذا قول

إلى قوله - ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذئ عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولانه لا تقبل شهادته على غير اهل دينه فلا تقبل على اهل دينه كالحربي والخبيري واهل مجالد وهو ضعيف وان ثبت فيجتمل انه اراد اليمن فانها تسمى شهادة قال الله تعالى في اللعان (فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) وأما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير اهل دينهم لا يلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين ، وقد روي عن معاذ رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال «لا تقبل شهادة اهل دين الا المسلمين فانهم عدول على انفسهم وعلى غيرهم

(فصل) فاما شهادة اهل الكتاب بوصية المسافر الذي مات في سفره إذا شهد بها شاهدان من اهل الذمة قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرها من المسلمين ويستحلان بعد العصر على ما ذكرنا في صدر المسئلة قول ابن المنذر وبهذا قال أكبر الماشرين يعني الآية التي في سورة المائدة ومن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ويحيى بن حمزة وقفي بذلك عبد الله بن مسعود وابو موسى رضي الله عنهما وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لا تقبل لان من لا تقبل شهادته في غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق ولان الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر اولى واختلاف ابي تاء ويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم قال المراد بقوله من غيركم أي من عشيرتكم ومنهم من قال المراد بالشهادة اليمن

أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي قال مالك من لعب بالنرد والشرط نوح فلا أرى شهادته طائلة لان الله تعالى قال (فإذا بعد الحق إلا الضلال؟) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال
(فصل) فاما الشرط نوح فهو كالنرد في التحريم إلا أن النرد أكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه لكن هذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه

وذكر القاضي أبو حسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد ابن المسيب والقاسم وسالما وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومجار الوراق ومالك وهو قول أبي حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته ، وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى المنصوص عليه فتبقى على الإباحة وبفارق الشرط نوح النرد من وجهين (أحدهما) أن في الشرط نوح تدبير الحرب فاشبهه اللعب بالحرب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيال

(والثاني) أن الممول في النرد على ما يخرج الكعبتان فاشبهه الأزلام والممول في الشرط نوح على حدته وتدبيره فاشبهه المسابقة بالسهام

ولنا قول الله تعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجنّبوه) قال علي رضي الله عنه الشرط نوح من الميسر . ومرو علي رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشرط نوح فقال ماهذه التماثيل أني أنتم لها عاكفون ؛ قال أحمد أصح ما في الشرط نوح قول علي رضي الله عنه

وانا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال خرج رجل من بني تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم فلما قدم بركته فقد واجام فضة مخصوصا بالذهب فحلفها رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لأصحابهم فنزلت فيهم (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلين من أهل الكتاب فندما الكوفة فأبى الأشعري فأخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الأشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفها بعد العصر ماخانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وأنها لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما رواه أبو داود وروى الجلال حديث أبي موسى باسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشر تكم لا يصح لأن الآية نزلت في قصة عدي وتمامه بالأخلاف بين المفسرين وقد فسر به بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن

وروى واثلة بن الاسقع رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « إن الله عز وجل ينظر في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » رواه أبو بكر بإسناده ولأنه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فاشبهه اللعب بالترد

وقولهم لانص فيها قد ذكرنا فيها نصاً وهي أيضاً في معنى الترد المنصوص على تحريمه . وقولهم إن فيها تدبير الحرب قلنا لا يقصد هذا منها وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب أو القمار . وقولهم ان الممول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة

إذا ثبت هذا فقال احمد الترد أشد من الشطرنج وإنما قال ذلك لورود النص في الترد والاجماع على تحريمها بخلاف الشطرنج . وإذا ثبت تحريمها فقال القاضي هو كالترد في رد الشهادة به وهذا قول مالك وأبو حنيفة لأنه محرم مثله

وقال أبو بكر إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالترد في حقه وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة أو أوقاتهما أو يخرجها إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرجها عن الروء وهذا مذهب الشافعي وذلك لأنه مختلف فيه فاشبهه سائر المختلف فيه

(فصل) واللاعب بالحمام لطيرها لاشهادته له وهذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لا يجيز

وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير وسامان التيمي وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التي رويتها ولأنه لو صح ما ذكره لم تجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم وحملها على التحمل لا يصح لأنه أمر باحلافهم ولا ايمان في التحمل وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قرى ولا نكتم شهادة الله) ولأنه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان وروى أبو عبيد في الناسخ المنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان قال احمد أهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة وعليهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتمين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه

(الخامس) ان يكون ممن يحفظ . فلا تقبل شهادة مغفل ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان لان الثقة لا تحصل بقوله لاحتمال ان يكون من غلطه وتقبل شهادة من يقل ذلك منه لأن احداً لا يسلم من الغلط .

(فصل) قل رحمه الله (السادس) (العدالة) وهي استواء احواله في دينه واعتدال اقواله وافعاله وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة ويعتبر له شيان الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض واجتناب المحارم وهو ان لا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة) فان الله تعالى نهى ان تقبل شهادة القاذف

شهادة صاحب حمام ولا حمام وذلك لانه سغه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن أذى الجيران بطيره
واشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة

وقد رأى النبي ﷺ رجلاً يتبع حماماً فقال « شيطان يتبع شيطانة » وإن اتخذ الحمام لعلب
فراخها أو لحمل الكتب أو للانس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترد شهادته . وقدروى عبادة
ابن الصامت أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فشكى إليه الوحشة فقال « اتخذ زوجاً من حمام »

(فصل) فاما المسابقة المشروعة بالخيول وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فباحة لادناءة فيها
ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناه من النكف
واللعب بالحراب وقد لعب الحبشة بالحراب بين يدي رسول الله ﷺ وقامت عائشة خلفه تنظر
اليهم وتستتر به حتى مات ولان في هذا تملأاً للحرب فانه من آلاته فاشبهه المسابقة بالخيول والمناضلة
وسائر اللعب اذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلاً عن فرض فلاصل إباحته فما كان منه فيه دناءة
يترفع عنه ذوو الروءات منع الشهادة اذا فعله ظاهراً وتكرر منه ، وما كان منه لادناءة فيه لم
ترد بها الشهادة بحال

فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرج به عن العدالة فل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون
كبائر الاثم والفواحش إلا اللغم) قيل اللغم صغار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن وجاء عن
النبي ﷺ انه قال « ان تغفر اللهم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما » اي لم يلم فان لامع الماضي بمنزلة لم
مع المستقبل وقيل اللغم ان يلم بالذنوب ولا يعود فيه والكبائر كل ذنب فيه حد والاشراك بالله وقتل
النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين ، وقدروى ابو بكرة ان رسول الله ﷺ قال « الا انبئكم
بأكبر الكبائر الاشرار بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين — وكان متكئاً فجلس فقال —
الا وقول الزور وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه قل احمد لا يجوز شهادة
آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا من لا يؤدي زكاة ماله ، وإذا اخرج في طريق المسلمين الاسطوانة
والكنيف لا يكون عدلاً ولا يكون ابنه عدلاً إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين ولا
يكون عدلاً إذا كذب الكذب الشديد لان النبي ﷺ رد شهادة رجل في كذبة . وقال عن الزهري
عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر
على أخيه في عداوة ولا القاطع لأهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في قرابة ولا ولاء »
وقد رواه أبو داود « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فاما
الصغائر فان كان مصرّاً عليها ردت شهادته . وان كان الغالب من امره الطاعات لم ترد لما ذكرنا
من عدم إمكان التحرز منه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا تقبل شهادة فاسق لقوله سبحانه وتعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم)

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب (محرم) وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا ظهرت في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » فذكر منها اظهار المعازف والملاهي

وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن ابي أمامة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله يبشني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لا يحمل بيمن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا انتجارة فيهن ومنهن حرام » يعني الضاربات

وروى نافع قال : سمع ابن عمر مزماراً قال فوضع أصبعيه في أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال قلت لا ، قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا . رواه خللال في جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزامير وقالوا لو كان حراماً منع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزمر بها قلنا أما الاول فلا يصح لان المحرم استماعها

وقال سبحانه (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) الآية والشهادة نداء فيجب التوقف عنه وقد روي في الحديث « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لا يرى الخائن والخائنة مختصاً بإمانات الناس بل جميع ما فرض الله تعالى على العباد القيام به واجتنابه من كبير ذلك وصغيره قال الله تعالى (انا عرضنا على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر أنه قال لا يؤسر رجل بغير المدول ولان دين الفاسق لا يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره إذا تقرر هذا فالفسق نوعان :

(أحدهما) من جهة الافعال فلا خلاف في رد شهادته (الثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً . وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبو عبيد وابو ثور قال شريك اربعة لا تجوز شهادتهم رافضي يزعم أنه له اماما مقترضة طاعته وخارجي يزعم ان الدنيا دار حرب وقد يزعم ان المشيئة اليه ومرجى ، وردد شهادة يعقوب وقال الاراد شهادة قوم يزعمون ان الصلاة ليست من الايمان ؟ وقال ابو حامد من اصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثه اضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهو لاء لا يفسقون ولا ترد شهادتهم وقد اختلفت الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين

دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه وقال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد منه السماع ولأن النبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه عن أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة

وأما الإنكار فلم يله كان في أول الهجرة حين لم يكن الإنكار واجباً أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفار وقلة أهل الإسلام . فإن قيل فهذا الخبر ضعيف فإن أبا داود رواه وقال هو حديث منكر . قلنا قد رواه الخلال بإسناده من طريقين فعمل أبا داود ضعمه لأنه لم يتم له إلا من إحدى الطريقين وضرب مباح ودو الدف فإن النبي ﷺ قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم . وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنفار فإن كان في وليمة سكت وإن كان في غيرها عمد بالدرة ولنا ما روي عن النبي ﷺ أن امرأة جاءت به فقالت إني نذرت إن رجعت من سفر كسالم أن أضرب على رأسك بالدف فقتل النبي ﷺ « أوف بنذرك » رواه أبو داود . ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان مندوراً

(اثني) من نفسه ولا تكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو من سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(اثالث) من تكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء قال : وقال أحمد ما تجبني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعانة وظاهر قول الشافعي وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي إلا أن يكون ممن يرى الشهادة بالكذب كالخطابية وهم أصحاب أبي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً أنه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريره بخلاف فسق الافعال .

﴿مسئلة﴾ (ويتخرج قبول شهادة أهل الذمة على قبول شهادة الفاسق من جبة الاعتقاد المتدين به إذا لم يتدين بالشهادة لموافقته على مخالفته كالخطابية .

وكذلك قال أبو الخطاب . وروي عن أحمد جواز الرواية عن القدري إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة .

وروت الربيع بنت معوذ قالت : دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بنى بي فجعلت جويزات يضربن بدف لمن ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر إلى ان قالت إحداهن وفيما نبي يعلم ما في غد فقال « دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين » متفق عليه
وأما الضرب به الرجال فكروه على كل حال لانه إنما كان يضرب به النساء والمختنون المشبهون بهن في ضرب الرجال به تشبه بالنساء وقد لعن النبي ﷺ المشبهين من الرجال بالنساء
فاما الضرب بالقضيب فكروه اذا انضم اليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لانه ليس بألة ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف للملاهي ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف أصحابنا في الغناء فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته ، قال أبو بكر عبد العزيز والغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن وكان الخلال يحمل الكراهة من احمد على الافعال المذمومة لا على القول بعينه
وروي عن احمد أنه سمع عند ابنه صالح قوالاً فلم ينكر عليه وقال له صالح يا أباي أليس كنت تكره هذا ؟ فقال إنه قيل لي إنهم يستعملون المنكر . ومن ذهب إلى إباحته من غير كراهة سعد بن ابراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبري لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كانت عندي جاريتان

ولنا أنه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ولانه فاسق فترد شهادته للآية ﴿م-ثلة﴾ (فاما من فعل شيئاً من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولي أو شرب من النبيذ مالا يسكره أو اخر الحج مع امكانه ونحوه متأولاً فلا ترد شهادته)
وإن فعله معتقداً تحريمه رد شهادته . ويحتمل أن لا ترد نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته . وبهذا قال لشافعي وقال مالك ترد شهادته لانه فعل ما يعتقده الحاكم تحريمه فاشبه المتفق على تحريمه

ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولانه فرع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافقه عليه الحاكم، فاما ان فعله معتقداً تحريمه ردت شهادته إذا تكرر ويحتمل أن لا ترد وبه قال أصحاب الشافعي لانه فعل لا يرد شهادة بعض الناس فلا يرد شهادة البعض الآخر كالتفق على حله

ووجه الاول انه فعل محرم على فاعله ويأثم به فاشبه المتفق على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله وقد روي عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور فاما من يعتقده أنه على التراخي ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا وقيل ترد لانه

(المغني والشرح الكبير) (٦) (الجزء الثاني عشر)

تغنيان فدخل أبو بكر فقال مزبور الشيطان في بيت رسول الله ﷺ ؟ فقال رسول الله ﷺ « دعهما فلنهما أيام عيد » متفق عليه

وعن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب . واختار القاضي انه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي قال هو من الالهو المكروه ، وقال احمد الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه ، قال أحمد في من مات وخلف ولداً يتما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له إنها تساوي مغنية ثلاثين ألفاً وتساي ساذجة عشرين ديناراً قال لا تباع إلا على أنها ساذجة . واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء ، وقال ابن عباس وابن مسعود في قوله (ومن الناس من يشترى لهُ الحديث) قال هو الغناء .

وعن أبي امامة أن النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل ثلثهن حرام ، أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال « الغناء ينبت النفاق في القلب » والصحيح انه من قول ابن مسعود وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتي له أو اتخذ غلاماً أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لان هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفيه غاص مصر متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترغم نفسه ولا يغني الناس أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ومن حرمه قال إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصفات وإن

روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لقد هممت أن انظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين

﴿ مسألة ﴾ الثاني (استعمال الروءة وهو فعل ما يجمله وبزينه وترك ما يدنسه ويشينه فلا تقبل شهادة المصانع ، والمتمسخر ، والمغني ، والرقاص ، واللاعب بالشرنج ، والنرد ، والحمام والذي يتغدى في السوق ويمد رجله في مجمع الناس ويحدث بمباضعة أهله وأمه ويدخل الحمام بغير منزر ونحو ذلك)

المروءات اجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) في الافعال كالاكل في السوق وهو الذي ينصب مائدة في السوق ويأكل والناس ينظرون اليه ولا يعني أكل شيء يسير كالكرسة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجله في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو أمته أو غيرها بحضرة الناس الخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعة أهله أو نحو هذا من الافعال الدنيئة فلا تقبل شهادته لان هذا سفه ودناءة فمن

لم يداوم عليه لم ترد شهادته وإن فعله من يعتقد حله بقياس المذهب أنه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ومن كان يغشى بيوت الغناء أو يفشاه المغنون للسمع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفه ودناءة وإن كان معتبراً به فهو كاللفني لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه .

(فصل) وأما الحداء وهو الانشاد الذي تساق به الابل فباح لأبأس به في فعله واسماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان انجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة « حرك بالقوم » فاندفع يرتجز فتبعه انجشة فاعنقت الابل فقل النبي ﷺ « لا نجشة رويدك رفقا بالقوارير » يعني النساء وكذلك نثيد الاعراب وهو النصب لأبأس به وسائر انواع الانشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء وقد كان النبي ﷺ يسمع إنشاد الشعر فلا يذكره . والغناء من الصوت ممدود مكسور والغني من المال مقصور والحداء مضموم ممدود كالدعاء والرعاء ويجوز الكسر كالثداء والمجاء والغذاء (فصل) والشعر كالكلام حسنه كحسنة وقبيحه كقبيحة وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « إن من الشعر لحكماً » وكان يضع لحسان منبراً يتوم عليه فيهبو من هجي رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدة * بانت سعاد قلبي اليوم مبتول * في المسجد وقال له عمه العباس يارسول الله إني أريد أن امتدحك فقال قل لا يفيض الله فاك فأنشده

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق
وقال عمرو بن الشريد أردفني رسول الله ﷺ فقال « أمعك من شعر أمية ؟ قلت نعم فأنشدته بيتا فقال « هيه » فأنشدته بيتا فقال « هيه » حتى أنشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين

رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله قال احمد في رجل شتم بهيمة قال الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب ، وقد روى ابن مسعود البديري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعني من لم يستح صنع ما شاء ولأن المروءة تمتنع الكذب وترجز عنه ولهذا تمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين فقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته قال والله لولا أي كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ولم يكن يومئذ ذا دين ولأن الكذب دناءة والمروءة تمتنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ومن فعل شيئاً من هذا مختفياً به لم يمنع من قبول شهادته لأن مروءته لا تنقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلاً لم ترد شهادته لأن صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ولأن المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادة .

أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب
وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإما هو كلام وزون وقيل بل هو شعر ولكنه بيت
واحد قصير فهو كالنثر ويروى أن أبا الدرداء قيل له ما من أهل بيت في الانصار إلا وقد قال
الشعر قال وأنا قد قلت :

يريد المرء أن يعطى مناه ويأبى الله إلا ما اراد
يقول المرء فاندتني ومالي وتقوى الله أفضل ما استفاد

وليس في إباحة الشعر خلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة والعربية
والاستشهاد به في التفسير وتعرف معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على
النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فإن قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم
الغاوون) وقال النبي ﷺ «لئن بمتلى جوف أحدكم قيحاً حتى يريه خير له من أن يمتلى شعراً»
رواه أبو داود وأبو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه يقال وراه يريه قال الشاعر :
وراهن ربي مثل ما قد ورينني وأحني على أكبادهن المكوايا

قلنا أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لم بقوله (ألم تر أنهم في كل واد يهيمون
وأنتهم يقولون لا يفعلون؟) ثم استثنى المؤمنين فقال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله

{فصل في اللعب}

كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن
تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خلا القمار وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما
فمنه ما هو محرم ومنه ما هو مباح فاللعب بالنرد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي
وقال بعضهم هو مكروه غير محرم.

ونما ما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال «من لعب بالنردشير فقد عصي الله
ورسوله». وروى بريدة أن النبي ﷺ قال «من لعب بالنردشير فكأنما غس يده في لحم الخنزير
ودمه» «رواه أبو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم. إذا ثبت
هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهو قول أبي حنيفة ومالك
وظاهر مذهب الشافعي. وقال مالك : من لعب بالشطرنج والنرد فلا أرى شهادته إلا باطلة لأن الله
تعالى قال (فإذا بعد الحق إلا الضلال) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصل) والشطرنج كالنرد في التحريم إلا أن تحريم النرد أكد لورود النص في تحريمه وهذا
في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه، وذكر القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب

كثيراً) ولأن الغالب على الشعراء قلة الدين والكنب وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء سيما من كان في ابتداء الإسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي ﷺ ويعيب الإسلام ويمدح الكفار فوق الذم على الاغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة

وأما الخبر فقال أبو عبيد معناه أن يغاب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وفحشاً ما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والقدح في أعراضهم أو التشبب بامرأة بعينها والافراط في وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح وأما على رآويه فلا يصح فإن المعازي تروى فيها قصائد الكفار الذين هاجوا أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد وقد روي أن النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تقاربت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما إلا قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية ، وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم في التشبيب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير

وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر . وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الخطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها ذكر أمه فقال النعمان دعوه فإنه لم يقل بأساً إنما قال وعرة من سروات النساء تنفخ بالمسك أردانها

وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالك وأبا حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته وحكي ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد بتحريمه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على الإباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين (أحدهما) أن في الشطرنج تدبير الحرب فأشبهه اللعب بالحرب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيول (والثاني) أن المعول في النرد على ما يخرج الكعبتان فأشبهه الأزلام والمعول في الشطرنج على حذقه وتديبره فأشبهه المسابقة بالسهام

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر ومضى رضي الله عنه على قوم فقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون؟ قل أحمد أصح ما في الشطرنج قول علي رضي الله عنه وروى وثالة بن الأسقع قال قال رسول الله ﷺ «ان الله عز وجل في كل يوم ستائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب» ولأنه لم يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبهه اللعب بالنرد وقولهم لا نص فيها وقد ذكرنا فيها نصاً وهو في معنى المنصوص على تحريمه وقولهم أن فيها تدبير الحرب قلنا لا يقصد هذا

وكان عمران بن طلحة في مجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله فقال دعوه فان قاتل هذا الشعر كان زوجها

فاما الشاعر فمتى كان يهجو المسلمين أو يمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها . وقد رويناه أن أبا دلالة شهد عند قاض أظنه ابن أبي ليلى فخاف أن يرد شهادته فقال

إن الناس غطوني تغطيت عنهم وإن بحثوا عني ففهم مباحث
فقال القاضي ومن يبحثك يا أبا دلالة وغرم المال من عنده ولم يظهر أنه رد شهادته

﴿ فصل في قراءة القرآن بالالحن ﴾

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فهو أفضل فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « زينوا أصواتكم بالقرآن — وروي — زينوا القرآن بأصواتكم — وقال — لقد أوتي أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود »

وروي ان النبي ﷺ قال لابي موسى « لقد مررت بك لبارحة وأنت تقرأ ولقد أوتيت مزماراً من مزامير آل داود » فقال أبو موسى لو أعلم أنك تسمع لجبرته لك تحبيراً

منها وأكثير اللاعبين بها انما يقصدون منها اللعب والتمار وقولهم ان المول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشغاله بها وصدها عن ذكر الله وعن الصلاة . إذا ثبت هذا فقال أحمد النرد أشد من الشطرنج انما قل ذلك لورود النص في النرد بخلاف الشطرنج . إذا ثبت هذا قل القاضي : هو كالنرد في رد الشهادة وهو قول أبي حنيفة ومالك لا اشتراكهما في التحريم وقول أبو بكر ان فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد في حقه وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته الا ان يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرج به إلى الحلف الكاذب أو نحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرج به عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعي وذلك لانه مختلف فيه أشبه سائر المختلف فيه

(فصل) فأما اللاعب بالحمام يطيرها فلا شهادة له وهذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام ولانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن اذي الجيران واشرافه على دورهم ورميه اياها بالمجارة ، وقد روي ان النبي ﷺ رأي رجلاً يتبع حماماً فقال « شيطان يتبع شيطانة » فان اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل السكتب أو للانس بها من غير اذى يتعدى إلى الناس فلا بأس ، وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلاً أتى النبي ﷺ فشكا اليه الوحشة فقال « اتخذ زوجاً من الحمام »

وروي ان عائشة رضي الله عنها أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال « أين كنت يا عائشة ؟ » فقالت يا رسول الله كنت أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى أبي حذيفة الحمد لله للذي جعل في أمي مثل هذا » وقال صالح قلت لابي « زينوا القرآن بأصواتكم » مامعناه ؟ قال أن يحسنه وقيل له نامعني « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشم به ويتباكى به ، وقال ابن عينة وعمر بن الحارث ووكيع يستغني به

فأما القراءة بالتحسين فينظر فيه فان لم يفرط في التمطيط والمد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته قال الراوي لولا أن يجتمع الناس علي لحسيت لكم قراءته . وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله لشيء كاذبه لني حسن الصوت يتغن بالقرآن يجهر به » ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر * في سماع يأذن الشيخ له * وقال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر

وكنتم امرأاً زمناً بالعراق عفيف المناخ كثير التغني

(فصل) فأما المسابقة المشروعة بالخيول وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فباحة ولا دناءة فيها ولا ترد بها الشهادة وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناها من انثقاف والعب بالحراب وقد لعب الحبشة بين يدي النبي ﷺ بالحراب وقامت عائشة رضي الله عنها تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلاً عن فرض فلا اصل اباحتها فما كان فيه دناءة يترفع عنه ذووا الروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ومالا دناءة فيه لم ترد الشهادة به بحال

﴿ مسألة ﴾ (فأما الشين في الصناعة كالحجام والحائك والنخال والنفط والقيام والزبال والمشعوذ والدباغ والحارس والكناس فهل تقبل شهادتهم إذا حسنت طرائقهم ؟ على وجهين)

الصناعات الدينية كالكساح والكباش لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلاً أتى ابن عمر فقال له أي رجل كناس فقال له أي شيء تكنس ؟ الزبل قال لا قال فالمعذرة ؟ قال نعم قال الاجر خيث وما تزوجت فخيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه وعن ابن عباس مثله في الكساح ولان هذا دناءة يجتنبه اهل الروءات فاشبه الذي قبله فاما الزبال ونحوهم ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانها دناءة تجتنبها اهل الروءات فهو كالذي قبله (والثاني) يقبل لان بالناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة في وقته ويصلحها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهاً واحداً ، وأما الحائك والحارس والدباغ فهو أعلى من هذه الصنائع فلا ترد به

قال ولو كان من الغناء بالصوت لكان ممن لم يغن بالقرآن ليس من النبي ﷺ وروى نحو هذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضي أحمد بن محمد البرقي هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم يتغنى بالقرآن يجهر به وقيل يحسن صوته به

والصحيح ان هذا القدر من التلحين لا بأس به لانه لو كان مكروهاً لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذنه لني يتغنى بالقرآن » على الاستغناء لان معنى أذن استمع وإنما تستمع القراءة، ثم قال يجهر به والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء . فأما إن افراط في المد والتعطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ومن اصحابنا من يحرمه لانه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفاً

وقد روينا عن أبي عبد الله ان رجلاً سأل عن ذلك فقال له ما اسمك؟ قال محمد قال أيسرك ان يقال لك يا محمد؟ قال لا فقال لا يعجبني ان يتعلم الرجل الا الحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى فقال له رجل فيكلمون فقال لا كل ذاء، واتفق العلماء على انه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين، وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ « اقرؤا القرآن بالحنن فانه نزل بالحنن » وقال المروزي سمعت ابا عبد الله قال لرجل لو قرأت وجعل ابو عبد الله ربما تفرغت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد الترمذي فقال له يحيى اقرأ فقراً

الشهادة وذكر شيخنا فيها وجهين وكذلك ذكرها أبو الخطاب والاولى قبول شهادة الخائف والحارس والدباغ لانه قد تولاهما كثير من الصالحين وأهل الرواة وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يحلف كاذباً أو يعمد ويخلف وغلب هذا عاينه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها ولا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفي ولم يتق ذلك ردت شهادته

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب : محرم وهو ضرب الاوتار والنايات والزماير كلها والموود والطنبور والمزفة والرباب ونحوها فن أدام اسماعها ردت شهادته لانه بروى عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « إذا ظهر في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » ذكر منها إظهار المغازف والملاهي وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي امامة قال قال رسول الله ﷺ « إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بحق المغازف والزماير لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام » يعني المضاربات وروى نافع قال سمع ابن عمر مزماراً فوضع أصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئاً؟ قال قلت لا قل فرفع أصبعيه من أذنيه وقال

فغشي على يحيى حتى حمل فأدخل ، وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشي عليه حتى فاتته خمس صلوات

(فصل) ولا تقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لانه يروى عن النبي ﷺ انه قال « من أتى إلى طعام لم يدع اليه دخل سارقاً وخرج معبراً » ولانه يأكل محرماً ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فان لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لانه من الصغائر

(فصل) ومن سأل من غير أن تحل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لانه فعل محرماً وأكل سحتاً وأتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال قال رسول الله ﷺ « ان المسئلة لا تحل إلا لأخذ ثلاثة : رجل اصابته جائحة فأجتاح ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل اصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد اصاب فلاناً فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك فما سوى ذلك من المسئلة فهو سحت يأكله صاحبه سحتاً يوم القيامة » رواه مسلم وأما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلاً أو يكثر ذلك منه فينبغي أن ترد شهادته لان ذلك دناءة وسقوط مروءة ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له

كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا رواه الخلال في جامعه من طريقين ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة الزمار وقالوا لو كان حراماً لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولا نكر على الزامر بها قلنا الاول لا يصح لان المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه قال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد السماع ولان بالنبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع سماع الصوت عنه لانه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فايبح للحاجة وأما الانكار فلمعه كان في أول الهجرة حينما لم يكن الانكار واجباً أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفار وقلة أهل الاسلام فان قيل فهذا الخبر ضعيف فان أبا داود رواه وقال هو حديث منكر قلنا قد رواه الخلال من طريقين فلمل أبا داود وضعفه لانه لم يقم له إلا من إحدى الطريقين (وضرب مباح) وهو الدف فان النبي ﷺ قال « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم وذكر أحبابنا وأصحاب الشافعي انه مكروه في غير النكاح لانه يروى عن عمر انه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في وليمة سكنت وان كان في غيرها عند الدرة

الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لادناءة فيه وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لانه مبصر على الحرام

(فصل) ومن فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه معتقداً بإباحته لم ترد شهادته كالمزوج بغير ولي أو بغير شهود وآكل متروك التسمية وشارب يسير النبيذ نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ترد شهادته لانه فعل ما يعتقده الحاكم تحريمه فأشبهه المتفق على تحريمه ولنا إن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولانه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافقته عليه الحاكم وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به إذا تكرر، وقال أصحاب الشافعي لا ترد شهادته به لانه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالماتفق على حله

ولنا انه فعل يحرم على فاعله ويأثم به فاشبهه المجمع على تحريمه وبهذا فارق معتقده حله وقدروي عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور، فاما من يعتقد انه على التراخي ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانياً» وقال

ولنا ماروي عن النبي ﷺ ان امرأة جاءتته فقالت إني نذرت إن رجعت من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ «أوف بنذرك» رواه أبو داود ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان مندوراً، وروت الربيع بنت معوذ قالت دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بني بي فجمعت جوهرات يضربن بدف لهن ويندن من قتل من أبائي يوم بدر إلى أن قالت إحداهن وفيما نبي يعلم ما في غد فقال دعني هذا وقولي الذي كنت تقولين «متفق عليه فاما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال لانه إنما يضرب به النساء والمختشون، والمشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء. فاما الضرب بالقضيب فيكره إذا انضم اليه مكروه أو محرم كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لأنه ليس بآلة لهو ولا بطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف اصحابنا في الغناء فذهب الخلال وصاحبه أبو بكر عبدالعزيز إلى إباحته قال أبو بكر عبدالعزيز الغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن فان الخلال يحمل السكراةة من احد على الانعزال المذمومة لا على القول بعينه، وروي عن أحمد انه سمع من عند ابنه صالح قوالاً فلم ينكر عليه، وقال له صالح يا أباي أليس كنت تكرههم؟ فقال قيل لي انهم يستعملون المنكر، ومن ذهب إلى إباحة الغناء من غير كراهة ابراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والعنبري لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت عندي جارتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال مضمور

عمر لقد هممت أن أنظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يجهج ضربت عليه الجزية ثم قال ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين

(مسئلة) قال (وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر اذا لم يكن غيرهم)

وجاءته أنه اذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما اذا لم يوجد غيرها ويستحلفان بعد العصر ما خافا ولا كتما ولا اشتريا به ثمنا ولو كان ذاقربي ولا نكتم شهادة الله انا اذا لم نال الآمين

قال ابن المنذر وبهذا قال أكبر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ، ومن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ويحيى بن حمزة وقضى بذلك ابن مسعود وابو موسى رضي الله عنهما وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لا تقبل لان من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق ولان الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا في تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم من قال المراد بقوله من غير كم أي من غير عشيرتكم ومنهم من قال الشهادة في الآية اليمين

الشیطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ «دعها فانها أيام عيد» متفق عليه، وعن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب واختار القاضي انه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي وقال من اللهو المكروه ، وقال احمد الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني ، وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه قال احمد فيمن مات وخلف ولداً يتيماً ، جارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له انها تساوي مغنية ثلاثين ألفاً وتساوي ساذجة عشرين ديناراً فقال لا تباع إلا على انها ساذجة واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء وقال ابن عباس وابن مسعود في قول الله تعالى (ومن الناس من يشتري لهو الحديث) قال هو الغناء وعن أبي امامة أن النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه

وروي ابن مسعود أن النبي ﷺ قال «الغناء ينبت النفاق في القلب» والصحيح انه قول ابن مسعود ، وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى اليه ويأتي له أو اتخذ غلامه أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لان هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسقه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يعني للناس أو كان غلامه وجاريته انما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فنأبأه أو كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال ان دام عليه ردت شهادته كسائر الصفات

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بارض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخصوصاً بالذهب فاحلفها رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي خلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلا من أهل الكتاب فقدا الكوفة فأتيا الأشعري فآخراه وقدما بتركته ووصيته فقال الأشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفها بعد العصر ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وانها لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما . رواها أبو داود في سننه

وروى الحلال حديث أبي موسى باسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح

وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يعتد حله فقياس المذهب أن لا ترد شهادته . لا لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ، ومن كان يغشى بيوت المغني أو يغشاه المغنون للسمع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفيه ودناءة ، وإن كان مستتراً به فهو كالغني لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه

(فصل) فاما الحداء وهو الانشاد التي تساق به الابل فباح لا بأس به في فعله واستماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبد الله بن رواحة جليداً للحداء وكان مع الرجال وكان أنجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة « حرك بالقوم » فاندفع يندفع تبعه أنجشة فأعنت الابل فقل النبي ﷺ « لا أنجشة وبيدك رفقا بالقوارير » يعني النساء وكذلك نشيد الأعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الانشاد ما لم يخرج إلى حداء غناء ، وقد كان النبي ﷺ يسمع انشاد الشعر فلا ينكره واغناء من الصوت ممدود مكسور والغنى من المال مقصور والحداء ممدود مضموم كالحداء ويجوز الكسر كالنداء

(فصل) والشعر كالكلام حسنه كحسنة وقبيحه كقبيحه ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « إن من الشعر لحكماً » وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فبهجوم من هجا رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدته * بانت سعاد فتلي اليوم متبول * في المسجد وقال له عمه العباس يا رسول الله إني أريد أن أمتدحك فقال قل لا يفضض الله فاك فأنشده

لأن الآية نزلت في قضية عدي وتميم بلا خلاف بين المفسرين وقد فسرهما بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبي وسليمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التي رويناها ، ولأنه لو صح ما ذكره لم يجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم وحملها على التحمل لا يصح لانه أمر باحلافهم ولا ايمان في التحمل وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكنتم شهادة الله) الآية ولأنه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان

وروى ابو عبيد في الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان ، قال احمد أهل المدينة ليس عندهم حديث ابي موسى من أين يعرفونه؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه.

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تجوز شهادتهم في غير ذلك)

مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا رواه عنه نحو من عشرين نفساً. ومن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلى والاوزاعي ومالك

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق
وقال عمر بن الشريد أوردني رسول الله ﷺ فقال «أمعك من شعر أمية؟» قلت نعم فأنشدته بيتاً فقال
«هيه» حتى أنشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين
أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب

وقد اختلف في هذا فقليل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ، وقيل بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ، ويروى أن أبا الدرداء قيل له ما من أهل بيت في الانصار إلا وقد قل الشعر قال وأنا قد قلت

يزيد العبد أن يعطى مناه ويأبى الله إلا ما أراد
يقول العبد فائدتني ومالي وتقوى الله أفضل ما استفاد
وليس في إباحة الشعر اختلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به في التفسير وتعرف معنى كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فان قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم الغاؤون) وقال النبي ﷺ «لأن يمتلي أحدكم قبيحاً حتى يريه خير له من أن يمتلي شعراً»
رواه ابو داود وابو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه ، يقال وراه يريه . قال الشاعر :

والشافعي وأبو ثور ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل وخطأ الخلال في نقله هذا وكذلك صاحبه أبو بكر قال هذا غلط لا شك فيه وقال ابن حامد بل المسئلة على روايتين وقال أبو حفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه والمذهب الأول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك ، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قل الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار والثوري وأبي حنيفة وأصحابه وعن قتادة والحكم وأبي عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي وروى عن الزهري والشعبي كقولنا وكقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، رواد ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

وانا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذی عدل ولا هو منا

وراهن ربي مثل ما قد ورينني وأحى على اكبادهن المسكوايا

قلنا أما الآية فإراد بها من اسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله (ألم تر أنهم في كل واد يهيمون وأنهم يقولون ما لا يفعلون ؟) ثم استثنى المؤمنين بقوله (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً) ولان الغالب على شعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الابرياء لا سيما من كان في ابتداء الاسلام ممن يهجو النبي ﷺ ويهجو المسلمين ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الاغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فلاية دليل على إباحته ومدح أهله المنتصين بالصفات الجميلة ، واما الخبر فقال أبو عبيد معناه أن يغاب عليه الشعر حتى يشغله عن اقرآن وافتقه وقيل المراد به ما كان هجاء وخشاً فما كان من الشعر يتضمن هجاء المسلمين واتقدح في اعراضهم او التشبب بامرأة بعينها بالافراط في وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا ان اريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح ، وأما على راويه فلا يصح فان المغازي يروى فيها قصائد الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد ، وقد روي ان النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تناولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرها الا قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية وكذلك يروى شعر قيس بن الخزيم في التشبب بعمرة بنت رواحة اخت عبد الله بن رواحة ام النعمان ابن بشير وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر وروينا ان النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يفتنهم بقصيدة قيس بن الخطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل ان فيها ذكر امه فقال النعمان فلم يقل بأساً انما قال

ولا من رجالنا ولا من نرضاه ولانه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربي والخبر يرويه مجالد وهو ضعيف وإن ثبت فيحتمل أنه أراد اليمين فانها تسمى شهادة، قال الله تعالى في الاعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) وأما الولاية فتمتعها القرابة والشفقة وقرابته ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير أهل دينهم لا يلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين وقد روي عن معاذ ان النبي ﷺ كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فانهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم (مسئلة) قال (ولا تقبل شهادة خصم ولا جار الى نفسه ولا دافع عنها).

أما الخصم فهو نوعان (أحدهما) كل من خصم في حق لا تقبل شهادته فيه كالكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ولا الوصي فيما هو وصي فيه ولا الشريك فيما هو شريك فيه ولا المضارب بمال أو حق للمضاربة ولو غضب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها وكذلك ما أشبهه هذا لانه خصم فيه فلم تقبل شهادته به كذلك (والثاني) العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي ويريد

وعمره من سرورات النساء * تفج بالمسك اردائها

وكان عمر بن طلحة يجلس فعنهم رجل يشعر فيه ذكر امه فسكتوه فقال دعوه فان قائل هذا الشعر كان زوجها فأما الشاعر فتى كان يهجو المسلمين ويمدح بالكذب أو يذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها وقد روي ان أبادلماة شهد عند قاضٍ فخاف ان ترد شهادته فقل

ان الناس غطوني تغليت عنهم وان يحشوا عني ففهم مباحث

فقال القاضي ومن يبحثك يا أبا دلالة؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر أنه رد شهادته

(فصل في قراءة القرآن بالالحان) اما قراءته من غير تلحين فلا بأس بها وان حسن صوته به فهو أفضل فان النبي ﷺ قل « زينوا أصواتكم بالقرآن » وروي « زينوا القرآن بأصواتكم » وقال « لقد أوتي أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود » فقال أبو موسى لو أعلم انك تستمع لحبزه لك تحميراً وروي ان عائشة أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال أين كنت يا عائشة فقالت يارسول الله كنت أسمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى أبي حذيفة الحمد لله الذي جعل في امتي مثل هذا » قال صالح قلت « لا يزينوا القرآن بأصواتكم » مامعناه قال ان تحسنه وقيل له مامعنى « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به، وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشم به ويتباكى به . وقال ابن غينة وعمر بن الحارث ووكيع يستغني به فاما القرآن بالتلحين فينظر فيه فان لم يفرط في التخطيط والد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته

بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل ان يشهد انتقذوف على القاذف والمقاطع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجراح والزوج يشهد على امرأته بالزنا فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوته لها لافسادها فراشه .

فأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر أو الحق من اهل السنة يشهد على مبتدع فلا ترد شهادته لان العدالة بالدين والدين يمنعه من ارتكاب محذور دينه وقال ابو حنيفة لا تمنع العداوة الشهادة لانها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصدقة .

ولما مروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو داود ان عمر الحقدولان العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقربة القرية وتخالف الصدقة فان في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنياه غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا فان قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضي شهادة الزور ولا ان يترك دينه بموجب دينه .

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقدذه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لاننا لو أبطنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من ابطال شهادة الشاهد بأن يقذفه ويفارق ما لو طرأ الفسق

وقال الراوي لو لان تجتمع الناس إلى الحكمة كم قراءة رسول الله ﷺ وقال عليه الصلاة والسلام « ليس منامن لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله لشيء كاذن لني حسن الصوت يتغن بالقرآن » أي يجهر به ومعنى اذن استمع قال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر :
وكنتم أمراً زمننا بالعراق عفيف النياح كثير التغني

قال ولو كان الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن وروي نحوه هذا التفسير عن ابن عينة وقال القاضي أحمد بن محمد البرقي : هذا قول من أدركننا من اهل العلم وقال الوليد بن مسلم يتغن بالقرآن يجهر به وقيل يحسن صوته به . قال شيخنا والصحيح أن هذا انقدر من التلحين لا بأس به ولانه لو كان مكروها لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذن لني يتغن بالقرآن » على الاستغناء لان معنى اذن استمع وإنما تسمع القراءة ثم نال يجهر والجهر صفة اقراءة لا صفة الاستغناء فاما إذا أسرف في المد والتمطيط واشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ومن أصحابنا من قال يحرم لانه يغير اقرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويحمل الحركات حروفاً ، وقد روينا عن أبي عبد الله أن رجلاً سأل عن ذلك فقال له ما اسمك ؟ قال محمد قال أيسرك أن يقال لك يا موحد ؟ قل لا قال ولا يعجبني أن يتعلم الرجل الاخوان إلا ان يكون حرمة مثل حرم أبي موسى قال له رجل فيكلمون قل لا كل ذا

بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فإن رد الشهادة فيه لا يقضي إلى ذلك بل إلى عكسه ولأن طريقاً للفسق يورث تهمة في حال أداء الشهادة لأن العادة أسرارها فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حالة أدائها وههنا حصلت العداوة بامر لانهمة على الشاهد فيه وأما المحاكاة في الأموال فليست بعداوة تمنع الشهادة في غير ما حاكم فيه

وأما قوله ولا جار إلى نفسه فإن الجار إلى نفسه هو الذي ينتفع بشهادته ويحرم اليه بها نفعاً كشهادة الغرماء للمفلس بدين أو عين وشهادتهم للميت بدين أو مال فإنه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلق حقوقهم به ويفارق ما لو شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال فإن شهادتهم تقبل لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته

فإن قيل إذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فإذا شهد له بمال ملكا مطالبته فجزوا إلى أنفسهم نفعاً قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما تثبت بيساره وإقراره لدعواه الحق الذي شهدوا به ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال لأنه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ولا شهادة السيد لعبده المأذون له في التجارة ولا لمكاتبه ، قال القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره وقال نص عليه أحمد

واتفق أهل العلم على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ «اقرأوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن» وقال المروزي سمعت أبا عبد الله قال لو رجل لو قرأت وجعل أبو عبد الله ربما تفرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى أنقطان فجاء محمد بن سعيد فقال له يحيى اقرأ فقرا فغشي على يحيى حتى حمل وادخل وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد أنقطان فغشي عليه حتى فاته خمس صلوات

(فصل) ولا تقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة ، وهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال «من أتى طعاماً لم يدع إليه دخل سارقاً وخرج معيراً» ولأنه يأكل محرماً ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصغائر ومن سأل من غير أن تحمل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرماً وأكل سحتاً واتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن المسئلة لا تحمل إلا لأحد ثلاثة رجل أصابته جائحة فأجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش ، ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك » فاما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلاً فينبغي أن ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة ، فإن أخذ من الصدقة من يجوز له الأخذ من غير

فان قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع انه اذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعاً قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وانما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كالمشهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم له بمال يحتمل أن يوفيه منه أو ينلس فيتملق حقه به وانما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة

فان قيل فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال فإن قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته غيره تنفذ على الخروج من الثالث قلنا انما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لانه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجباً له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض أو المجرع بماله فإنه انما يجب للمشهد له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه فان قيل فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله قلنا انما أجزناها لان الدية لا تجب للشاهد ابتداء انما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة له بالمال

مسألة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لا دناءة فيه وان اخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لانه مصر على الحرام.

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون واسلم الكافر وتاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك)

لان المقتضي لقبول الشهادة موجود وإنمادت لوجود المانع فاذا زال المانع عمل المقتضي عمله كما لو لم يوجد المانع وتقبل توبة الفاسق لقول الله سبحانه وتعالى (وهو الذي يقبل التوبة عن عباده) وقوله سبحانه (ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يمد الله غفوراً رحيماً) وقال النبي ﷺ «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقال عمر رضي الله عنه: بقية عمر المرء لا قيمة له يدرك فيه ما مافات ويحيى فيه ما امات ويبدل الله سيئاته حسنات والتوبة على ضربين باطنة وحكمية فالباطنة فيما بينه وبين الله تعالى فان كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة الاجنبية والخلو بها وشرب المسكر والكذب فالتوبة منها الندم والعزم على ان لا يعود فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء لندم بالقلب والاستغفار باللسان واضمار أن لا يعود» وبمجانبة خطاء السوء وإن كانت توجب حقاً عليه لله تعالى أو لآدمي كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منها بما ذكرنا وتركه للظلمة حسب إمكانه بان يؤدي الزكاة ويرد المغصوب أو بدله وان عجز عن ذلك نوى رده متى قدر

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود أو تشهد عاقلة اقاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع ائدية عن أنفسهم فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل أن لا تقبل لانه يخف أن يوسر قبل الحول فيحتمل وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل لبعده فانه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر باسقاط شفعته لانه يوفر الحق على نفسه ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم باسقاط دينه أو استيفائه ولا بعض من أوصي له بمال على آخر بما يطل وصيته اذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمة إما لضيق اثلث عنهما أو لسكون الوصيتين بعمين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لان الشاهد به منهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه .

وقد قل الزهري مضت السنة في الاسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين التهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قل : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم ولا ظنين . ومن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً

عليه فان كان عليه فيها حق في البدن وكان حقاً لا دمي كالتقصاص وحد ائذف فالاشتراط في التوبة التمكن من نفسه ببذلها المستحق وان كان حقاً لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار به فان كان ذلك لا يشتهر عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قل « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليست بستر الله فان من ابدى لنا صفة اقنا عليه الحمد » فن الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبي ﷺ ذلك وان كانت معصيته مشهورة فذكر انقاضي أن الاولى به الاقرار لتمام عليه الحد لانه إذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه .

قل شيخنا والصحيح ان ترك الاقرار أولى لان النبي ﷺ عرض للمقر عنده الرجوع عن الاقرار فعرض لما عز والمقر عنده بالسرقه بالرجوع مع اشتباره عنه باقراره وكره الاقرار حتى قيل إنه لما قطع السارق كنما أسف وجهه رمادا ولم يرد الامر بالاقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض المقر بالرجوع عن الاقرار وقل لزال وهو الذي امر ما عازا بالاقرار « ياهزال لو سترت بشوبك لكان خيراً لك » وقل أصحاب الشافعي توبة هذا اقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في الاخبار مع ما دلت عليه الايات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاسرار وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها .

(فصل) وإن شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكاه في غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفيعته على الآخر بأسقاط شفيعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كانت إحدى الوصيتين لاتزام الأخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت لأن المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملاً بالمقتضي

(مسئلة) قال (ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة)

وجملته إنه يعتبر في الشاهد أن يكون موثقاً بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ولذلك اعتبرنا بالعدالة ومن يكثر غاظه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلطاته فربما شهد على غير من استشهد عليه أو لغير من شهد له أو بغير ما استشهد به وإذا كان مغفلاً فربما استنزله انما يصح بغير شهادته فلا تحصل ائمة بقوله ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة لأن أحداً لا يسلم من ذلك فلو منع ذلك الشهادة لانسد بابها فاعتبرنا الكثرة في المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الإخلال بالعدالة

(مسئلة) (ولا يعتبر إصلاح العمل وعنه يعتبر في اثبات إصلاح العمل سنة)

ظاهر كلام أحمد والخرفي أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة الولاية في النكاح إصلاح العمل وهو أحد أقولين لشافعي وفي أقول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا فلم يكمل عدد أشهود فأنى يكفي مجرد اتوبته من غير اعتبار إصلاحه وماعده فلا يكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها اتوبته وبين فيها إصلاحه وهذا رواية عن أحمد حكاهما أبو الخطاب لأن الله تعالى قال (الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فإنه منى عن قبول شهادتهم ثم استثنى اثبات المصلح ولأن عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجران حتى بلغته توبته فامر أن لا يكلم إلا بعد سنة ولنا قوله عليه السلام «اتوبة تجب ما قبلها» وقوله «اتائب من الذنب كن لا ذنب له» ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فذلك الأحكام ولأن اتوبته من الشرك بالإسلام ولا يحتاج إلى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب فما دونه أولى وأما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح من التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لابي بكر تب أقبل شهادتك ولم يعتبر أمر آخر ولأن من كان غاصباً فرد ما في يديه أو مانعاً لذكاة فأذاها وتاب إلى الله عز وجل قد حصل منه الإصلاح وعلم نزوله عن معصيته نادماً عليه فإنه لو لم يرد اتوبته لما أدى ما في يديه ولأن تقديره بسنة تحكم لم يرد به الشرع والتقدير إنما يثبت بالتوقيف وما ورد من عمر في حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل أنه أظهر اتوبته تسيراً بخلاف مسئلتنا وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له سنة لحديث صبيغ رواه أحمد في الورع قل ومن علامة

« مسألة » قال (ونجومز شهادة الاعمي اذا تيقن للصوت)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن ابي ليلى واسحاق وابن المنذر

وقال ابو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واختلف عن الحسن واياس وابن ابي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة واذا أقر عند أذنه ويد الاعمي على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لا تجوز شهادته على الافعال لا تجوز على الاقوال كالصبي ولان الاصوات تشبه فلا يحصل اليقين قلم يجز أن يشهد بها كالحط

ولنا قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وسائر الآيات في الشهادة ولانه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالصبي وفارق الصبي فانه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه من ألفه الاعمي وكثرت صحبته له وعرف صوته يقيناً فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالصبي ولا سبيل إلى انكار حصول اليقين في بعض الاحوال

توبته ان يجتنب من كان يواليه من اهل البدع ويوالي من كان يعاديه من اهل السنة والصحيح ان التوبة من البدعة كغيرها الا ان تكون اتوبة تفعل بسبب الاكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة يظهر ان توبته عن اخلاص لاعن اكراه وللحاكم ان يقول للمتظاهر بالمعصية تب اقبل شهادتك وقال مالك لا اعرف هذا قال الشافعي وكيف لا يعرفه وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة وقوله عمر لابي بكره ؟

﴿ مسألة ﴾ (ولا تقبل شهادة انقاذ حتى يتوب)

وجملة ذلك ان انقاذ اذا كان زوجا لحققت قذفه بيينة او لمان او كان اجنبيا لحققت بالبينة او باقرار المقتوف لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك يتعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته تقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً اولئك هم الفاسقون) فان تاب لم يسقط عنه الحد وزل الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا روي ذلك عن عمر وابي لدرء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبد الله بن عتبة وجعفر بن ابي ثابت وابي الزناد ومالك والشافعي والبخاري واسحاق وابو عبيد وابن المنذر وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعه وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي لا تقبل شهادته اذا جلد وإن تاب وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب والخلاف معه في فصلين :

قال قتادة للسمع قياة كتيافة البصر ولهذا قال أصحاب الشافعي تقبل شهادته فيما ثبت بالاستفاضة ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفها حتى يعرف عدانها فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استمائه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبوله النكاح وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور وفارق الافعال فان مدر كها الرؤية وهي غير ممكنة من الاعى والاقوال مدر كها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجوز أن يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فانه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً فان جوز أن يكون صوت غيره لم يجوز أن يشهد به كالأشبهه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

(فصل) فان تحمل الشهادة على فعل ثم عي جاز أن يشهد به إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته أصلاً لانه لا يجوز أن يكون حاكماً

ولنا ما تقدم ولان العمى فقد حاسة لا تخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالمصمم ويفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال مالا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرها فان لم

(أحدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحقته وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط الا بالجلد (والثاني) انه ان تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق لقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وبما روى ابن ماجة باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قل رسول الله ﷺ لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الاسلام واحتج في الفصل الآخر بان القذف قبل حصول الجلد يجوز ان تقوم به البينة فلا يجب به التفسير

ولنا في الفصل الثاني إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لا يبي بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً قال سعيد بن السيب شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة رجال أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الحارث ونكل زياد بن جلد عمر الثلاثة وقال لهم عمر تبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى أبو بكرة فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولانه تاب من ذنبه فقبلت شهادته كالناثب من الزنا يحقته ان الزنا أعظم من القذف به وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب ذاعها قبلت شهادته فهذا أولى . وأما الآية فهي حجة لنا لأنه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره إلا الذين تابوا فقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين فان قالوا انما يعود الاستثناء الى الجملة التي تليه بدليل انه لا يعود الى الجمل قلنا بل يعود إليه ايضاً لان هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجمل الجمل كلها كالجملة الواحدة

يعرف الشهود عليه باسمه ونسبه لكن تيقن صوته لكثرة إفقه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا في أول المسئلة

وإن شهد عند الحكم ثم عي قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها وهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم بها لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طراً بعد أداء الشهادة لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة

(فصل) ولا تجوز شهادة الاخرس بحال نص عليه أحمد رضي الله عنه فقال لا تجوز شهادة الاخرس قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري وهذا قول أصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل إذا فهمت اشارته لأنها تقوم مقام نطقه في أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وإبلائه وكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا

فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع . ولهذا لما قل النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه » عاد الاستثناء إلى الجائتين جميعاً ولأن الاستثناء إنما ير ما قبله فعاد الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط فإنه لو قال امرأته طالق وعنده حر أن لم يرقم عاد الشرط اليها كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى الشهادة أولى لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاه وهو ضعيف قال ابن عبد البر لم يرفعه في روايته حجة ، وقد روي من غير طريقه ولم يذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلظه ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير المقنوف بعد ثبوته ثم لو قدر صحته فلما راد به من لم يثبت بدليل كل محدود تاب سوى هذا .

وأما الفصل الاول فدللنا فيه الآية فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورده الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولأن الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وثبتت به المعصية الموجبة رد الشهادة ، والحد كفارة وتطهير فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعاً به وتختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر ، وقولهم إنما يتحقق بالجلد لا يصح لأن الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفي قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفي حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده هذا باطل

ولنا أنها شهادة بالاشارة فلم تجز كاشارة الناطق، بحقيقته أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيحاء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وإنما اكتفى بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا ولهذا لم يجز أن يكون حاكماً ولأن الحاكم لا يمتضي حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر حكمه والشاهد لا يشهد برؤية خطه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى وما استدلل به ابن المنذر لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته في الصلاة، ولو شهد الناطق بالإيحاء والاشارة لم يصح إجماعاً فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام

(مسئلة) (قال ولا تجوز شهادة الوالدين وإن ذلوا للولد وإن سفل ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن ذلوا)

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وإن سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولا لجدته من قبل أبيه وأمه وإن

(فصل) وانقاذ في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي أن شهادته لا ترد ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكره وقل له تب أقبل شهادتك وروايته مقبولة ولا نعلم خلافاً في قبول رواية أبي بكره مع رد عمر شهادته **(مسئلة)** (وتوبته أن يكذب نفسه وقيل أن علم صدق نفسه فتوبته أن يقول فندمت على ما قلت ولا أعود إلى مثله وأنا تائب إلى الله تعالى منه)

ظاهر كلام أحمد والخرقي أن توبة القاذف إكذابه نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر ومن قال هذا سعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والشعبي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيدة لما روي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي ﷺ أنه قال في قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) قال توبته إكذاب نفسه ولأن عرض المقدوف يلوث بتدفعه فإكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة، وذكر القاضي أن القاذف إن كان سباً فالنوبة منه إكذاب نفسه وإن كان شهادة فالنوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي قل وهو المذهب لأنه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الإقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب . قال شيخنا والأولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والإقرار ببطلان ما قاله وتحريمه فإنه لا يعود إلى مثله وإن لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه

علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وأباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي

وروي عن أحمد رحمه الله رواية ثالثة تقبل شهادة الابن لآبيه ولا تقبل شهادة الاب له لان مال الابن في حكم مال الاب له ان يملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه او يجربها لنفسه نفعا قال النبي ﷺ «انت ومالك لا يليك» وقال «ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكنوا من أموالهم» ولا يوجد هذا في شهادة الابن لآبيه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مالهمة فيه كالتكاح والطلاق واقتصاص والمال اذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة

وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبي ولنا ما روى الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة

سواء كان القذف بشهادة او سب لأنه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقا في السب ، ووجه الاول ان الله تعالى سمي القاذف كاذبا على الإطلاق بقوله سبحانه (فاذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله تعالى ، وإن كان في نفس الامر صادقا

(فصل) ولا يشترط في الشهادة الحرية بل تجوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود والقصاص على احدى الروايتين وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء

الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول (أحدها) في قبول شهادة العبد في اعدا الحدود والقصاص والمذهب انها مقبولة . روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهم اقال أنس ما علمت ان أحدا رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبيهقي وأبو ثور وداود وابن المنذر ، وقال مجاهد والحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد لا تقبل شهادته لأنه غير ذي مروءة ولا أنها مبنية على الكمال لا تنبض فلم يدخل فيها العبد كالميراث ، وقال الشافعي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية ، وروي عقبه بن الحارث قال : تزوجت ام يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه

ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» والظنين المتهم والاب يتهم لولده لان ماله كماله بما ذكرنا لان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة مني يريني مآربها » ولانه متهم في الشهادة لولده كتهمة العدو في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الايات فتخص به (فصل) فأما شهادة احدهما على صاحبه فتقبل نص عليه احمد وهذا قول عامة أهل العلم ولم اجد عن احمد في الجامع فيه خلافا وذلك لقول الله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم أو الوالدين والاقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ولانها انما ردت للتهمة في إيصال النفع ولا تهمة في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل أولى فان شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في إيصال النفع الى نفسه كان اقراره عليه مقبولا وحكى القاضي في المجرد رواية اخرى ان شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه لان شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق وقال بعض الشافعية لا تقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص ولا حد قذف لانه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الاول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه أبلغ في الصدق كآقراره على نفسه (فصل) وان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لها قبلت شهادتهما لان حق أمهما

وفي رواية أبي داود فقلت يا رسول الله انها لكاذبة فقال « وما يدريك وقد قالت ما قالت ؟ دعها عنك » ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالخبر وقولهم ليس له مروءة ممنوع بل هو كالخبر ينقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له ، وقد يكون منهم العلماء والامراء والصالحون والأثقياء مثل اياس ابن معاوية عن شهادة العبد فقال أنا ارد شهادة عبدالعزيز بن صهيب ، وكان منهم زياد بن أبي عياش من العلماء والزهاد وكان عمر بن عبدالعزيز يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس من العلماء الثقات وكثير من الموالي كانوا عبيدا وأبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق الا الحرية وهي لا تغير طلباً ولا تحدث علماً ولا ديناً ولا مروءة ولا يقبل منهم الا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لا يمكنه الخلافة لان ما يصير اليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التملك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته

﴿ الفصل الثاني ﴾ ان شهادته لا تقبل في الحدود وفي اتقصاص احتمالان (أحدهما) تقبل شهادته فيه لأنه حق آدمي ، ولا يصح الرجوع عن الاقرار به أشبه الاموال (والثاني) لا تقبل لأنه عقوبة بدنية تدبراً بالشبهات فأشبه الحد وقد ذكرنا في هذا الكتاب في الحد واتقصاص روايتين وكذلك ذكره الشريف وابو الخطاب فانها ذكرنا في المقوبات كلها روايتين (احدهما) تقبل لما ذكرنا ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالخبر والثانية لا تقبل وهي

لا يزداد به. وسواء كان الشهود عليه اباهما أو اجنبيا وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لآبيه من الرضاة وأبيه منها وسائر أقاربه منها لانه لا نسب بينهما بوجوب الانفاق والصلة وعق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

«مسئلة» قال (ولا السيد لعبد ولا العبد لسيد)

أما شهادة السيد لعبد فغير مقبولة لان مال العبد لسيد فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ «من باع عبداً واه مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع» ولا تعلم في هذا خلافاً ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا لامته بطلاق لان في طلاق امته تخليصها له واباحة بضعها له وفي نكاح العبد نفع له ونفع مال الانسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيد لانه يتبسط في مال سيده وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقة فلا تقبل شهادته له كالأب من امه

ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يندرى بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد واقصاص كالرأة

(الفصل الثالث) ان شهادة الامة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياساً عليهن فلو النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وانما تقبل في المال او شبهه والامة كالحررة فيما عداها وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث: وحكم المكاتب والندبر وأم الولد والمعق بمضه حكم القن فيما ذكرنا لان الرق فيهم وقدروي عن عمر رضي الله عنه أنه لا تجوز شهادة المكاتب وبه قول عطاء والشعبي والنخعي ولنا ما ذكرناه في العبد ولأنه اذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى

(فصل) وتجوز شهادة الاصم في الرثايات وعلى السموعات قبل صممه اما شهادته على الرثايات فهو فيها كالذي يسمع فتقبل شهادته فيها وتجوز شهادته في السموعات التي كانت قبل صممه كما تجوز شهادة الاعمى على الافعال التي رآها قبل العمى اذا عرف الشهود عليه باسمه ونسبه

«مسئلة» (وتجوز شهادة الاعمى في السموعات اذا تيقن الصوت والاستفاضة)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن المنذر، وقول ابو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته، وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واحتلف فيه عن الحسن واياس وابن أبي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة اذا أقر عند أذنه ود الاعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لا تجوز شهادته على الافعال لا تجوز على الاقوال كالصبي ولأن الاصوات تشبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

«مسئلة» قال (ولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها)

وبهذا قال الشافعي والنخعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح والحسن والشافعي وأبو ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالأجارة، وعن أحمد رواية أخرى كقولهم . وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لانه لا شبهة في حقه ولا تقبل شهادتها له لان يساره وزيادة حقه من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك ولنا ان كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه فلم تقبل كشهادته لنفسه ، ويحقق هذا ان مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فاضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى ، وقال (لا تخرجوهن من بيوتهن) وذلك عمر للنبي قال له ان غلامي سرق امرأة امرأتي: لا قطع عليه عبدكم سرق مالهكم . ويفارق عقد الأجارة من هذه الوجوه كلها

ولنا قول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ولا نأرجل عدل متبول الرواية فتبطل شهادته كالبصير وفارق الصبي فانه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون الشهود عليه من ألفه الاعمى وكثرت صحبته لا وعرف صوته يقينا فلا يشك فيه فوجب أن تقبل شهادته فيما يتيقنه كالبصير ولهذا أجاز الشافعي وأصحابه شهادته بالاستفاضة ولا تثبت عندهم حتى يسمعهما من عدلين ولا بد ان يعرفهما حتي يعرف عدلتهما فاذا صح ان يعرف الشاهدين صح ان يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوته وصحة قبول النكاح ، وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصفة وفارق الافعال فان مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الاعمى والاقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو تيقن من كتب الخط او رآه يكتبه لم يجوز ان يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فانه لا يجوز ان يشهد الا اذا تيقن الصوت وعلم الشهود عليه يقينا فان جوز ان يكون صوت غيره لم يجوز ان يشهد به كما لو اشتبه على البصير الشهود عليه فلم يعرفه

«مسئلة» (وتجوز في الرثبات التي تحمها قبل العمى اذا عرف الفاعل باسمه ونسبه وما يتميز به)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلا لانه لا يجوز ان يكون حاكما ولنا ما تقدم في المسئلة قبلها ولان العمى فقد حاسة لا يخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة

(مسئلة) قال (وشهادة الاخ لـ اخيه جائزة)

قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ان شهادة الاخ لـ اخيه جائزة روي هذا عن ابن الزبير وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي واثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وحكي عن ابن المنذر عن الثوري انه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم . وعن مالك انه لا تقبل شهادته لـ اخيه إذا كان منقطعاً اليه في صلته وبره لانه متهم في حقه . وقال ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الاخ لـ اخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الآيات ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الاخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الاقارب أولى بالجواز فان شهادة الاخ إذا أجزت مع قربه كان تنبيهها على شهادة من هو أبعد منه بطريق الاولى

كالصمم وفارق الحكم فإنه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما .

(مسئلة) (فان لم يعرف المشهود عليه بامه ونسبه ولم يعرفه الا بعينه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا في المسئلة الاولى)

وهذا قول القاضي ويصنع للحاكم بما يتميز به قل شيخنا ويحتمل ان لا تقبل لان هذا مما لا ينضبط غالباً (مسئلة) (وان شهد عند الحكم ثم عني قبلت شهادته وجاز الحكم بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم لانه مبني بمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طراً بعد اداء لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق المنسق فانه يورث تهمة حال الشهادة

(مسئلة) (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه متهم فان العادة فيمن فعل قبيحاً أنه يجب ان يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قل ودت الزانية ان النساء كلهن زنين ولنا عموم الآيات فانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فيقبل في الزنا كغيره ولان من قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشدة قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه (أحدها)

(فصل) وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه في قول عامة العلماء إلا ما لكا قتل لا تقبل شهادة الصديق الملائف لأنه يجزى إلى نفسه نفعاً بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه ولنا عموم أدلة الشهادة ومقاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الحجر وإن كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا بين الصديقين. فاما الداوة فسببها محذور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالفت الصداقة

«مسئلة» قال (وتجوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود، وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص فالمذهب انها مقبولة روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما. قال انس ما علمت ان أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتي وأبو ثور ودادود وابن المنذر وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والاوزاعي واشوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد لا تقبل

ان ولد الزنا لم يفعل قبيحاً يجب ان يكون له نظراء فيه (والثاني) لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لا يكون ثابتاً وغير جائز ان يثبت عن عثمان كلام بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره (الثالث) ان الزاني لو تاب قبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح فاذا قبلت شهادته مع ما ذكره فغيره أولى فانه لا يجوز ان يلزم ولده من وزره اكثر مما يلزمه ولا يتعدى الحكم الى غيره من غير ان يثبت فيه مع ان ولده لا يلزمه شيء من ضرره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً

«مسئلة» (وتقبل شهادة الانسان على فعل نفسه كالمرضعة بالرضاع واقسام على القسمة والحكم على حكمه بعد العزل)

تجوز شهادة المرضعة على الرضاع لما ذكرنا من حديث عقبة بن الحارث وكذلك شهادة اقسام على القسمة لانه يشهد لغيره فصاح على فعل نفسه كما لو شهد على فعل غيره وكذلك تقبل شهادة الحكم على حكمه بعد العزل لذلك وفي ذلك كله اختلاف لما ذكرنا فيما مضى

«مسئلة» (وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي اذا اجتمعت الشروط) وهو ظاهر كلام الخري وهو قول ابن سيرين وابي حنيفة والشافعي وابي ثور وأجازة أبو الخطاب وعن أحمد في شهادة البدوي على القروي أخشى ان لا تقبل فيحتمل وجهين (أحدهما) لا تقبل وهو قول جماعة من اصحابنا ومذهب ابي عبيد ومالك كقول اصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقيين احتياطاً للدماء واحتج اصحابنا بما روى ابو داود في سننه عن ابي هريرة رضي الله عنه عن

شهادته لانه غير ذي مروءة ولانها مبنية على النكال لا تتبع بعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث . وقال الشعبي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولما عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فان من رجالنا وهو عدل قبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت تده أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟ » متفق عليه وفي رواية أبي داود فقلت يا رسول الله انها لكاذبة قل « وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك » ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر . ولا نسلم انه غير ذي مروءة فانه كالحر يقسم الى من له مروءة ومن لا مروءة له وقد يكون منهم الامراء والعلماء والصالحون والأتقياء

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال اذا ارد شهادة عبدالعزيز بن صهيب وكان منهم زياد ابن أبي زياد مولى ابن عباس من العلماء لزهاد وكان عمر بن عبد العزيز يرفقه قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء انشقت وكثير من العلماء الموالي كانوا عبيداً أو أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتناق إلا الحرية والحرية لا تغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لا تمكنه الخلافة

النبي ﷺ انه قل « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولانه منهم حيث عدل اذا شهد قروياً واشهد بدوياً قال ابر عبيد ولا أرى شهادتهم ردت الا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله والجفاء في الدين (والثاني) تقبل لان من قبلت شهادته على أهل البلد وقبلت شهادته على البدو قبلت شهادته على أهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدائته من أهل البدو ونخصه بهذا لان الغالب ان لا يكون له من يسأله الحاكم فيتعرف عدائته

باب موانع الشهادة

ويمنع قبول الشهادة ستة أشياء (أحدها) قرابه الولادة فلا تقبل شهادة والد لولده وان سفل ولا ولد لوالده وان علا .

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد لولده وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا والدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وان علوا وسواء في ذلك الآباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروى عن أحمد رواية ثانية تقبل شهادة الابن لآبيه ولا تقبل شهادة الاب لابنه لان مال الابن في حكم مال الأب له أن يملكه اذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجز بها لنفسه تنقياً قال النبي ﷺ « انت ومالك لا نيك » وقال « ان أطيب

لان ما يصير إليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التملك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مغايرة الصدق وحصول الثبوت من اقول والعبد أهل لذلك فوجب ان تقبل شهادته

(الفصل الثاني) ان شهادته لا تقبل في الحد وفي انقصاص احتمالان (أحدهما) تقبل شهادته فيه لانه حق آدمي لا يصح الرجوع عن الاقرار به فأشبه الاموال (والثاني) لا تقبل لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبهه الحد . وذكر الشريف وأبو الخطاب في المقوبات كلها من الحدود وانقصاص روايتين [أحدهما] تقبل لما ذكرنا ولانه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر [والثانية] لا تقبل وهو ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد وانقصاص كالمرأة

(الفصل الثالث) شهادة الامة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء لان النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود وانقصاص وإنما تقبل في المال أو سببه والامة كالحره فيما عداهما فساوتهن في الشهادة وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث

(فصل) وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لان الرق فيهم وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبي والنخعي

ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم « ولا يوجد هذا في شهادة الابن لابييه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لاجابه فيما لا تهمة فيه كالنكاح والطلاق وانقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبدالعزيز وابو ثور والمزني وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبي ولما ماروى الزهري عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال « لا تجوز شهادة غائن ولا غائنة ولا ذي فمهر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء » والظنين المتهم والاب متهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ولان بينهما بعضية فكانه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام « فاطمة بضعة مني يربني ما رابها » ولانه متهم في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتختص به

(مسألة) (وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين)

أما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل ، نص عليه أحمد وهذا قول عامة اهل العلم ، قال شيخنا وأحمد عن أحمد في الجامع فيه اختلافاً وذلك لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم او الوالدين والاقرين) فأمر بالشهادة عليهم ولولم تقبل لما امر بها ولا نهى

ولنا ما ذكرناه في العبد . وإذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى لانهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم

(مسئلة) قال (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره) .

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو حنيفة واصحابه وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه مهم فان العادة في من فعل قبيحاً أنه يجب أن يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قال ودت الزانية ان النساء كلهن زنين . ولنا عموم الآيات وانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فقبل في الزنا كغيره ومن قبلت شهادته في اقتل قبلت في الزنا كولد لرشدة ، قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه (احدها) ان ولد الزنا لم يفعل فعلاً قبيحاً يجب ان يكون له نظراء فيه ، (والثاني) اني لا اعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لا يكون ثابتاً عنه وغير جائز ان يطلق عثمان كلاماً بالظن عن ضمير امرأة لم يسمها تذكره (الثالث) ان الزاني لو تاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل اتيح فاذا قبلت شهادته مع ما ذكره فغيره أولى فانه لا يجوز ان يلزم ولده من وزره أكثر مما يلزمه وما يتعدى

إنما ردت شهادته لانه لامة في اصال النفع ولا تهمه في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل أولى فان شهادته لنفسه لما ردت لامة في اصال النفع الى نفسه كان اقراره عليها مقبولا وفيه رواية أخرى أن شهادة احدهما لا تقبل على صاحبه حكاه القاضي في المجرى لان شهادته غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق وقال بعض الشافعية لا تقبل شهادة الابن على ابيه في قصاص ولا حد قذف لانه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الأول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه ابلغ في الصدق كشهادته على نفسه

(فصل) فان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما أو قذف زوجها لها قبلت شهادتهما لان حق امهما لا يزداد به وسواء كان الشهود عليه اباهما أو اجنبياً وتوفر الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وابه وسائر أقاربه منها لانه لا نسب بينهما بوجوب الانفاق والصلة وعق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

﴿ مسئلة ﴾ ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه في إحدى الروايتين (

هذا الذي ذكره الحنفي وبه قال الشعبي والنخعي ومالك واسحاق وأبو حنيفة والرواية الاخرى يجوز هذا وقول شريح والحسن والشافعي وأبي ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كلاجارة

الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه مع أن ولده لا يلزمه شيء من وزره لقول الله تعالى (ولا تزوروا أزرة وزركم) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً .

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا تاب القاذف قبلت شهادته)

وجملته أن القاذف إن كان زوجاً فحقق قذفه ببينة أو لمان أو كان اجنبياً فحققه بالبينة أو باقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة ، وإن لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بنفسه ورد شهادته لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون) فإن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا وروي ذلك عن عمر وإبي الدرداء وإبن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشيباني والزهري وعبد الله بن عتبة وجعفر بن أبي ثابت وإبو الزناد ومالك والشافعي والبيهقي وإسحاق وإبو عبيد وإبن المنذر وذكره إبن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعه وقال شرح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب فالخلاف معه في فصلين

وقال الثوري وإبن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لا امرأته لانه لا تهمة في حقه ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقها من النفقة يحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك ولنا أن كل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير حجب ويتبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة يزيد في قيمة بضعها المملوك لزوجها فكان كل واحد منهما يضاف إلى الآخر قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى وقال تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر للذي قال له إن غلامي سرق امرأة امرأتي : لا قطع عليه عبدكم سرق ما لكم ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها

﴿ مسألة ﴾ (ولا تقبل شهادة السيد لعبد ولا العبد لسيدة)

أما شهادة السيد لعبد فغير مقبولة لأن مال العبد لسيدة فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » ولا نعلم في هذا خلافاً ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا أتمته بطلاق لأن في طلاق أتمته تخايصاً له وإباحة بضعها في نكاح العبد نفع له ونفع مال الإنسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيدة لانه يتبسط في ماله وينتفع به ويتصرف فيه ويجب نفقته منه ولا يقطع بسرقة فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه

﴿ مسألة ﴾ (وتقبل شهادة الاخ لاخته وسائر الاقارب والصدیق لصديقه والمولى لعتيقه)

(احدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققة وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد (والثاني) انه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وروى ابن ماجه بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا محاربي وفي الاسلام » واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التمسق .

ولنا في الفصل الأول إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لأبي بكر حين شهد على المغيرة بن شعبه تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً قال سعيد بن المسيب شهد على المغيرة ثلاثة رجال أبو بكر ونافع بن الحارث وشبل بن معبد ونكل زياد بن جند وعمر الثلاثة وقل لهم توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى أبو بكر فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه أن الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلمها قبلت شهادته فهذا أولى وأما الآية فهي حجة لنا فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره (إلا الذين تابوا) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ ل أخيه جائزة وري ذلك عن ابن الزبير وبه قال شرح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكى ابن المنذر عن الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذي رجم محرم وعن مالك أنه لا تقبل شهادته ل أخيه إذا كان منقطعاً إليه في صاته وبره لأنه متهم في حقه وقال ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الأخ ل أخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الايات ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة بخلاف الأخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز فإن شهادة الأخ إذا اجيزت مع قربه كان تنبيهها على قبول شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى وتقبل شهادة أحد الصديقين للآخر في قول عامة العلماء إلا مالكاً قال لا تقبل شهادة الصديق للملاطف لأنه يجر إلى نفسه نفعاً بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه .

ولنا عموم أدلة الشهادة وما قاله يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر وإن كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا من الصديقين وأما العداوة فسيبها محصور في الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالف الصداقة وتجوز شهادة المولى المعتق لعتيقه لأنه لأهمه فيه أشبه الأجنبي ولأنه بمنزلة الأخ وشهادة الأخ ل أخيه مقبولة كما ذكرنا

فان قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل انه لا يعود إلى الجملد ، قنا بل يعود اليه أيضاً لان هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجمل الواحد فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع منه مانع ولهذا ما قال النبي ﷺ «لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه» عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ولان الاستثناء يغير ما قبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كاشترط فانه لو قال امرأته طالق وعبدته حران لم يقيم عاد الشرط اليهما كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى لان رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج ابن أرتاه وهو ضعيف قول ابن عبد البر : لم يرفعه من روايته حجة وقد روي من غير طريقه ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطائه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تأب سوى هذا

وأما الفصل الثاني فدللنا فيه الآية فانه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولان الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العتوبة وثبت به المعصية الواجبة لرد الشهادة والحد كفارة وتطهير

(فصل) الثاني ان يجر إلى نفسه نفعاً بشهادته كشهادة السيد لمكاتبه والوارث لموروثه والعبد المأذون له في التجارة وكذلك لا تقبل شهادة الوارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال لانه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم ولا تقبل شهادة الشفيع ببيع الشقص الذي له فيه الشفعة لانه يجر إلى نفسه نفعاً ولا تقبل شهادة الغرماء بدين المفلس أو بعين ولا شهادتهم للميت بدين أو مال فانه لو ثبت للمفلس أو للميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ويفارق ما لو شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال فان شهادتهم تقبل لان حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بدمته فان قيل اذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فاذا شهد له بمال ملك مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفعاً قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما ثبتت بيساره واقاراره لدعوى الحق الذي شهدوا به قال القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره نص عليه أحمد فان قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جرد إلى نفسه نفعاً بشهادته قلنا لاحق له في ما له حين الشهادة وإنما يحتمل ان يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لامرأة يحتمل ان يتزوجها أو لغريم بمال له يحتمل ان يوفيه أو يفلس فيتعلق حقه به وإنما المانع ما يحصل به نفع حال الشهادة فان قيل فقد منعت قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز ان يتجدد له حق وان لم يكن له حق في الحال فان قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه الميراث فان شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل ان عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تنقضي على الخروج من الثالث

فلا يجوز تعليق رد الشهادة به وإنما الجلد ورد الشهادة حكام للقذف فيثبتان جميعاً به وتختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر وقولهم إنما يتحقق بالجلد لا يصح، لأن الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده؟ هذا باطل.

(فصل) والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل الدينة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي أن شهادته لا ترد.

ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكره وقال له تب أقبل شهادتك وروايته متبولة ولا نعلم خلافاً في قبول رواية أبي بكره مع رد عمر شهادته.

«مسئلة» قال (وتوبته أن يكذب نفسه)

ظاهر كلام أحمد والخرق أن توبة القاذف إكذاب نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر ومن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبي وإسحاق وأبو عبيد وأبو نور لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن

قلنا أما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لأنه ربما أفضى إلى الموت به فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجبا له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض والمجروح بماله فإنه إنما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغيره فإن قيل فقد أجزتم شهادة الغريم لغيره بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بما له قلنا إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما يجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة بالمال.

«مسئلة» (ولا تقبل شهادة الموحى له الميت والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه والشريك لشريكه والغرماء المغماس بالمال واحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفعته وكذلك المضارب بمال المضاربة) لأنه مهم ولأن الشفعة إذا بطلت المشهود عاين توفرت على الشاهد فيكون شاهداً لنفسه ومن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً فاما أن شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفعته على الآخر بأسقاط شفعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كان أحد الوصيتين لايزاحم بها الأخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت لأن المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملاً بالمقتضي

(فصل) ولا تقبل شهادة الوصي الموصى عليهم أن كانوا في حجره وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والأوزاعي وأبو حنيفة وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لأنه اجنبي متهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

النبي ﷺ انه قال في قوله تعالى (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحو فان الله غفور رحيم) قال توبته ا كذاب نفسه ولان عرض المقدوف تلوث بقذقه فا كذابه نفسه ينيل ذلك التلويث فتكون التوبة به و ذكر القاضي أن القذف ان كان سباً فالتوبة منه ا كذاب نفسه وان كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت وهذا قول بعض اصحاب الشافعي قال وهو المذهب لانه قد يكون صادقاً فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لانه نوع ا كذاب

والأولى انه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار يبطلان ما قاله وتحريمه وانه لا يعود إلى مثله وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته ا كذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة او سب لانه قد يكون كاذباً في الشهادة صادقاً في السب

ووجه الاول ان الله تعالى سمي القاذف كاذباً إذا لم يأت بأربعة شهداء على الاطلاق بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فادع لهما بالتوبتين) فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله وان كان في نفس الامر صادقاً

(فصل) وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته بدليل قوله تعالى (والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون * أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم) الآية وقال (ومن يعمل

ولنا انه شهد بشيء هو خصم فيه فانه الذي يطالب بمحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته به كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأكل من أموالهم عند الحاجة فيكون متها بالشهادة به وقولهم في حجره احترازاً أمالو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم فانها تقبل والحكم في أمين الحالم يشهد للايتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء قياساً عليه فاما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافاً فانه لا يتهم عليهم ولا يجزى بشهادته عليهم نفعاً ولا يدفع بها عنهم ضرراً فهو كالأجنبي

(فصل) الثالث أن يدفع عن نفسه ضرراً كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصي بجرح الشاهد على الايتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لا تقبل شهادته لانسان اذا شهد بجرح الشاهد عليه .

إنما لم تقبل شهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ لما فيه من دفع الدية عن انفسهم فان كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل ان لا تقبل لجواز أن يوسرا قبل الحول فيحملان وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل ابعده لجواز أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الابراء منه ولا شهادة أحد الشفعين على الآخر باسقاط شفعته ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعض باسقاط دينه أو استيفائه أو بعض من أوصي له بمال على آخر بما يظل وصيته إذا كانت

سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يحمد الله غفوراً رحيماً) ولان النبي ﷺ قال « التائب من الذنب كن لأذنب له » وقال عمر رضي الله عنه بقية عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه مافات ومحبي فيه ما أمات ويبدل الله ميثاقه حسنات

والتوبة على ضربين باطنة وحكيمة، فأما الباطنة فهي ما بينه وبين ربه تعالى فان كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة اجنبية أو الخلو بها وشرب مسكر أو كذب فالتوبة منه الندم والعزم على ان لا يعود وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « الندم توبة » وقيل التوبة النصوح تجمع أربعة اشياء الندم بالقلب والاستغفار باللسان وإضمار ان لا يعود ومجانبة خطاء السوء وإن كانت توجب عليه حقاً لله تعالى أو لآدمي كمنع الزكاة والنصب فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب امكانه بان يؤدي الزكاة ويرد المصوب أو مثله ان كان مثلياً والا قيمته وان عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه فان كان عليه فيها حق في البدن فان كان حقاً لآدمي كالتقصاص وحد القذف اشترط في التوبة التمكن من نفسه وبذلها للمستحق وان كان حقاً لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته ايضاً بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار به فان كان ذلك لم يشتهر عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قال « من آتى شيئاً من هذه القاذورات فليستمر بستر الله تعالى فانه من ابدى لنا صفحته اقمنا عليه الحد » فان الغامدية حين اقرت بالزنا لم

وصيته تحصل بها مزاحمته إما لضيق اثاث عنهما أو لكون الوصيتين بمين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لان اشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من دفع الضرر عن نفسه ونفعها فيكون شاهداً لنفسه ، وقد قال الزهري مضت السنة في الاسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم ، وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن لا شهادة لخصم ولا ظنين »

(فصل) الرابع العداوة كشهادة المذدوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه والزواج بالزنا على امرأته .

وجملة ذلك ان شهادة العدو لا تقبل على عدوه في قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة والثوري واسحاق ومالك والشافعي والمراد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل شهادة المذدوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على انقاطع والمقتول واهيه على القاتل والمجروح على الجراح والزواج يشهد بالزنا على امرأته فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوته لها بافسادها فراشه ، وأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر أو المحق من اهل السنة يشهد على المنتدع فلا ترد شهادته لان العداوة في الدين والدين يمنعه من ارتكاب محظور في دينه ، وقال ابو حنيفة لا تمنع العداوة الشهادة لانها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصدقة لا تمنع الشهادة له

يشكر عليها النبي ﷺ ذلك، وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضي أن الأولى الإقرار به ليقام عليه الحد لأنه إذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه والصحيح أن ترك الإقرار أولى لأن النبي ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار فعرض لما عزز وللمقر عنده بالسرق بالرجوع مع اشتهاؤه عنه بإقراره وكره الإقرار حتى أنه قيل لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رماداً ولم يرد الأمر بالإقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا يصح لقياس أنما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الإقرار، وقال لهزال وكان هو الذي أمر ماعزاً بالإقرار « يا هزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك »

وقال أصحاب الشافعي توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولأن التوبة توجد حقيقتها بدون الإقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في الأخبار مع ما دلت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الإصرار. وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها والرجوع عنها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها

(فصل) ظاهر كلام أحمد والخرقى أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولائته في النكاح إصلاح العمل وهو أحد القولين للشافعي وفي القول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ولم يكمل عدد الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا بخائن ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو داود والغمر الختم ولأن العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقربة القربة وتخالف الصداقة فان شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخره بدنياه غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا، فان قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضي شهادة الزور ولا أن يترك دينه بموجب دينه

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقتله المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لانا لو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه بإبطال شهادة الشاهد بقتله ويفارق ما لو طرأ الفسق بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فان رد الشهادة فيه لا يفضي إلى ذلك بل إلى عكسه لأن طريان الفسق يورث تهمة في حال أداء الشهادة لأن العادة أسراره فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حال أدائها وههنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه، فأما المحاكاة في الأموال فليست عداوة تمنع الشهادة في غير ما حكم فيه

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (الشرط الخامس أن يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فانها لا تقبل للتهمة) وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور والمزني وداود تقبل قال

وماعداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عاينه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها اصلاحه. وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد لأن الله تعالى قال (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فإنه نهي عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح، ولأن عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام «التوبة تجب ما قبلها» وقوله «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الأحكام ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار مابعد وهو أعظم الذنوب كلها فما دونه أولى فاما الآية فيحتمل أن يكون الاصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لابي بكره تب اقبل شهادتك ولم يعتبر أمراً آخر ولأن من كان غاصباً فرد ما في يديه أو مانعاً الزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الاصلاح وعلم نزوعه عن معصيته بإداء ما عليه ولو لم يرد التوبة. لا أدى ما في يديه ولأن تقييده بالسنة تحكم لم يرد الشرع به والتقدير انما يثبت بالتوقيف وما ورد عن عمر في حق صبيغ انما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل انه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسئلتنا

وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له مضي سنة لحديث صبيغ رواه أحمد في الورع قال ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة

ابن المنذر والنظر يدل على هذا لانها شهادة تقبل في غير هذه الشهادة فقبلت فيها قياساً على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد اسلامه

وانما أنه متهم في أدائها لأنه يمر بردها وتلحظه غضاظة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وضلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فتلحظه التهمة في أنه قصد اظهار المدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ولأن الفسق يخفى فيحتاج في معرفته الى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادته مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي الى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما لو إذا رد شهادة كافر لكفره او صبي لصنره او عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعقق العبد واعادوا تلك الشهادة فأنها لا ترد لانها لم ترد أولاً بالاجتهاد وانما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم انه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت

﴿مسئلة﴾ ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت

وذلك لان التحمل لا تعتبر فيه المدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لا تهمة في ذلك وانما يعتبر ذلك للاداء فاذا رأى القاسق شيئاً او سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعمه وهكذا (المغني والشرح الكبير) (١١) (الجزء الثاني عشر)

والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الإكراه كتوبة صديق فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن إكراه وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية تب أقبل شهادتك قال مالك لا أعرف هذا ، قال الشافعي وكيف لا يعرفه وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة وقاله عمره لابي بكر؟

«مسئلة» قال (ومن شهد بشهادة قد كان شهيد بها وهو غير عدل وردت عليه لم تقبل منه في حال عدالته)

وجعلته أن الحاكم إذا شهد عنده فاستق فرد شهادته لفسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني ودادود تقبل ، قال ابن المنذر والنظر يدل على هذا لانها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد اسلامه .

ولنا انه متهم في ادائها لانه يعير بردها ولحنته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاحي حاله بعد ذلك من فله يزول به العار فلحقه تهمة في انما قصد اظهار العدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ولان الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ماذا

الصبي والكافر في زمن النبي ﷺ يروون عنه بعد ان كبروا كلحسن والحسين وابن عباس وابن الزبير وابن جعفر وانعمان بن بشير ، والرواية في معنى الشهادة تشترط لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

«مسئلة» (ولو شهد وهو كافر أو صبي أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والصبا والرق قبلت)

ولما ذكرنا في الفصل الذي قبلها وقد روي عن النخعي والزهري وقتادة وأبي الزناد ومالك انها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ وعنه أحد رواية كذلك لانها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً وقد ذكرنا ما يقتضي فرقاً بينهما في فرقن ، وروي عن أحمد في العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وأعاد تلك الشهادة روايتان وقد ذكرنا الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق «مسئلة» (وان شهد لمكاتبه او لموروثه بجرح قبل رثته فردت ثم أعادها بعد عتق المكاتب وبراء الجرح ففي ردها وجهان)

(أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبا والبلوغ ولان ردها بسبب لا عار فيه فلا يهتم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق (والثاني) لا تقبل لان ردها باجتهاده فلا ينعضها باجتهاده والاول أصح فان الاصل قبول

ردت شهادة كافر الكفره أو صبي لصغره أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعتق العبد وأعادوا تلك الشهادة فإنها لا ترد لأنها لم ترد أولاً بالاجتهاد وإنما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم في انه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه

وقد روي عن النخعي والزهري وقادة وابي الزناد ومالك أنها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ وعن احمد رواية أخرى كذلك لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً وقد ذكرنا ما يقتضي فرقا بينها فيفرقان ، وروي عن احمد في العبد اذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان ، وقد ذكرنا ان الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

(فصل) وإن شهد السيد لمكاتبة فردت شهادته أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال فردت شهادته ثم عتق المكاتب وبرأ الجرح وأعادوا تلك الشهادة في قبولها وجهان (أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأنشبه زوال الصبي بالبلوغ ولان ردها بسبب لأعار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار بأعادتها بخلاف الفسق (والثاني) لا تقبل لانه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده والاول أشبه بالصحة فان الاصل

شهادة العدل لم يمنع منه ما نع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة بالفسق لما ذكرنا بينها من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للهمة او لعدم الاهلية إذا أعادوها بعد زوال الهمة ووجود الاهلية هل تقبل ؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان شهد الشريك بعفو شريكه عن الشفعة ثم عفا الشاهد عن شفخته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضي)

لانه متهم فأنشبه لفاسق والاولى أنها تخرج على الوجهين لأنها إنما ردت لكونها يجربها الى نفسه نفماً وقد زال ذلك بعفوه والله أعلم .

(باب أقسام المشهود به)

والشهود به ينقسم خمسة أقسام: (أحدها) الزنا وما يوجب حده فلا يقبل فيه إلا أربعة رجال أحرار . أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله (سبحانه لولا جاءوا عليه أربعة شهداء فأذلوا بالهبداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال « أربعة إلا حد في ظهرك » في أخبار سوى هذا وأجمعوا على أنه يشترط كونهم عدولا ظاهراً

قبول شهادة العدل ما لم يمنع منه مانع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للاهتمة أو لعدم الاهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية فهل تقبل ؟ على وجهين

«مسئلة» قال (وان كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت منه)

وذلك لان التحمل لا تعتبر فيه العبدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لاهتمة في ذلك وانما يعتبر ذلك في الاداء فاذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعمه وهكذا الصبي والكافر اذا شهد بعد الاسلام والبلوغ قبلت وكذلك الرواية ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن والحسين وابن عباس والنعمان ابن بشير وابن الزبير وابن جعفر والشهادة في معنى الرواية ولذلك اعتبرت له العبدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

«مسئلة» قال (ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه مالا تجوز شهادته

معه لم يحكم بها

وجملة ذلك أن الشاهدين اذا شهدا عند الحاكم وهما ممن قبل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا أو

وباطناً مسلمين سواء كل المشهود عليه مسلماً أو ذمياً وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالاً أحراراً فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ أبو ثور فقال تقبل شهادة العبيد وحكاه أبو الخطاب والشريف رواية في المذهب ، وحكي عن حماد وعطاء أنها قالتا تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالاموال ولنا ظاهر الآية وان العبد مختلف في شهادته فكان ذلك شبهة في الحد لانه يندرى بالشبهات ولا يصح قياس هذا على الاموال لخفة حكمها وشدة الحاجة الى إثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

«مسئلة» (وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين أولاً يثبت الا باربعة ؟ على روايتين)

وللشافعي قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارب (والثاني) لا يثبت الا بأربعة لانه موجب لحد الزنا فاشبه فعله

(فصل) (الثاني القصاص وسائر الحدود فلا يقبل فيه إلا رجلان حران)

الا ماروي عن عطاء وحماد انها قالتا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال ولنا ان هذا مما يحتاج لدركه واسقائه ولهذا يندرى بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى) وان شهادتهن

كفرًا لم يحكم بشهادتهما وبهذا قال أبو يوسف والشافعي ، وقال أبو ثور والليثي يحكم بها لان بقاء أهلية الشهادة ليس شرطاً في الحكم بدليل مالو مانا ولان فسقهما تجدد بعد اداء الشهادة فاشبه مالو تجدد بعد الحكم بها ووجه ذلك من طريقين (أحدهما) أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها إلى حين الحكم لان الشروط لا بد من وجودها في الشروط واذ فسق انتفى الشرط فلم يحز الحكم (والثاني) أن ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لان العادة أن الانسان يسر الفسق ويظهر العدالة ، والزندق يسر كفره ويظهر اسلامه فلا نأمن كونه كافراً أو فاسقاً حين اداء الشهادة فلم يحز الحكم بها مع الشك فيها ، فاما إن حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم ينقض لان الحكم وقع صحيحاً لاستمرار شرطه إلى انتهائه ولانه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض بالشك كما لو رجع عن الشهادة وكما لو صلى بالتيمة ثم وجد الماء لكن إن كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حدا لله تعالى لم يحز استيفاءه بالشهادتين لانه يدرأ وهذا شبهة فيه فاشبه مالو رجع عن الاقرار به قبل استيفائه وإن كان مالا استوفي لان الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بامر ظاهر الصحة فلا يغل بامر محتمل ولذلك لم يبطل رجوعه عن اقراره وإن كان حد قذف أو قصاصاً احتمل وجهين (أحدهما) يستوفى وهذا قول أبي حنيفة لانه حق آدمي مطالب به أشبه المال

لا تقبل وان كثرت مالم يكن معهن رجل فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق ؛ بهذا الذي ذكرناه قال سعيد بن المسيب والشافعي والليثي وحامد والزهري وربيعه ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي واتفق هؤلاء كلهم على أنه يثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا إلا الحسن فانه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لا يقبل فيها إلا أربعة ، وروي ذلك عن أبي عبد الله لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم تثبت إلا بأربعة كالشهادة على زنا المحصن.

ولما أنه احد نوعي اقصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فانه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلا بدليل وجوب الاربعة في زنا البكر ولا قتل فيه ولانه انفرد بإيجابه الحد على لراعى به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يحز ان يلحق به ما ليس مثله

(فصل) ولا تقبل الشهادة على القتل الا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهد نحو ان يقول ضربه فقتله وقد ذكرنا ذلك فان كانت الشهادة بالجرح فقتلا ضربه أو فاضحه أو فاتضح منه أو فوجدناه موضحا من الضربة قبلت شهادتهما فان قال ضربه فاتضح رأسه أو فوجدناه موضحا أو فاسال دمه أو وجدنا في رأسه موضحة لم يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولا بد من تعبير الموضحة في إيجاب القصاص لانه إن كان في رأسه موضحتان فيحتاجان الى بيان ما شهدا به منهما وإن كانت

(وانثاني) لا يستوفي وهو قتل محمد لانه عقوبة على البدن تدرء بالشبهات أشبه الحد وللشافعي وجهان كهذين ، وأما ما حدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر في حد ولا حق لان الحق استوفي بما ظاهره الصحة وسوغ الشرع استيفاءه فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كما لو لم يظهر شيء .
(فصل) فاما إن أديا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم الحاكم بشهادتهما سواء ثبتت عدالتهما في حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً أو غيره وكذلك إن جنوا أو أغمى عليهم وبهذا قال الشافعي لان الموت لا يؤثر في شهادته ولا يدل على الكذب فيها ولا يحتمل أن يكون موجودا حال اداء الشهادة والجنون والاعماء في معناه بخلاف الفسق والكفر

« مسئلة » قال (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء الا في الحدود اذا كان الشاهد الاول ميتاً أو غائباً)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فان الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي قل أبو عبيد أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر اثباته عند

واحدة فيحتمل ان يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب ان يعينها الشاهدان فيقولان هذذ فان قالوا أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما وإن قالا لانعلم قدرها أو مضعها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجهالة وتجب دية الموضحة لانها لا تختلف باختلافها وإن قالا ضرب رأسه فأسال دمه في بازلة وإن قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وإن قالا نشهد أنه ضربه ففقط يده ولم يكن أوقع اليدين قبلت شهادتهما وثبتت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أقطع اليدين ولم يعين المقتووعة لم يجب قصاص لانهما لم يعينا اليد التي يجب فيها القصاص منهما وتجب دية اليد لانها تختلف باختلاف الايدي

(فصل) فان شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً والآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لان البينة قد كملت عليه ولم تثبت صفته ففسال المشهود عليه عن صفته فان أنكر أصل القتل لم يقبل انكاره لقيام البينة به وإن أقر بقتل العمد ثبت باقراره وإن أقر بالخطأ فانكر الولي فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان فان صدقه الولي على الخطأ ثبت عليه وإن أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقال بل كان خطأ لم يجب القود لان الولي لا يدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحملها لماقلة في هذه المواضع كلها ولا شيئاً منها وتكون في ماله لانها لم تثبت ببينة وفي بعضها اقاتل مقر نها في ماله دون مال عاقلته وإن شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل

الحاكم ثم يموت شهوده وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل .
(افصل الثاني) انها تقبل في الاموال وما يقصد به المال باجماع كما ذكر ابو عبيد ولا تقبل في
حد وهذا قول النخعي والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وقال مالك والشافعي في قول وأبو ثور: تقبل في الحد
وكل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كاللأصل

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة
على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال
ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل
مع اقدرة على شهود الاصل فوجب ان لا تقبل في ما يندري بالشبهات ولا انها تقبل للحاجة ولا حاجة
اليها في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولانه لا نص فيها ولا يصح قياسها على الاموال
لما بينهما من الفرق في الحاجة واتساعها فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا من الفرق
فبطل إثباتها ، وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في اقصاص أيضاً ولا حد اذ قد لانه قل انما تجوز في
الحدوق أما الدماء والحد فلا وهذا قول أبي حنيفة

وقال مالك والشافعي وأبو ثور تقبل وهو ظاهر كلام الحارثي لقوله: في كل شيء إلا في الحدود ولانه
حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الاموال ، وذكر أصحابنا هذا

دون صفته ويطلب بيان صفته على ما ذكرنا لان الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمداً
ويكون الحكم كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقتله خطأ، أن الشهود عليه يسأل على ما ذكرنا في أول الفصل
فان شهد أحدهما أنه قتله غدوة والآخر أنه قتله عشية أو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر
بعضا لم تتم الشهادة ذكره القاضي لان كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه، وهو مذهب الشافعي
وقال أبو بكر يثبت القتل لاتفاقهما عليه واختلافهما في الصفة فيثبت القتل كما لو شهد أحدهما بقتل
العمد والآخر بقتل الخطأ والأول أصح لان القتل غدوة غير "سيف عشية ولا يتصور أن يقتل غدوة
ثم يقتل عشاء ولا ان يقتل بسيف ثم يقتل بعضا بخلاف الخطأ والعمد فان الفعل واحد والخلاف في
نيته وقصده وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر فان شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر
بقتله ثبت القتل نص عليه أحمد واختاره أبو بكر واختار القاضي أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعي لان
أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تنفق شهادتهما على فعل واحد

ولنا أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد فلا تنفي بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو
شهد أحدهما بالقتل عمداً وشهد الآخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر
أنه أقر له بألف .

(فصل) اذا قتل رجل عمداً قتلاً يوجب اقصاص فشهد أحد الورثة على واحد منهم أنه عني

رواية عن احمد لان ابن منصور نقل ان سفيان قال شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة قال احمد ما احسن ما قال ؟ فجملة أصحابنا رواية في القصاص وليس هذا برواية فان الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب انها لا تقبل فيه لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبني على الاسقاط فأشبهت الحدود فأما ماعدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت الا بشاهدين فنص احمد على قبولها في الطلاق والحقوق فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهو قول الحنفي

وقال ابن حامد لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولها لا تقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لا يثبت الا بشاهدين فأشبه حد القذف، ووجه الاول انه حق لا يدرك بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وهذا فارق الحدود

(الفصل الثالث في شروطها) ولها ثلاثة شروط [أحدها] أن تتعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي . وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروي عن الشعبي انها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل لانها إذا كانا حين رجعي حضورهما فكانا كالحاضرين . وعن احمد مثل هذا إلا ان القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف

عن القصاص سقط القود سواء كان الشاهد عدلاً أو فاسقاً لان شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك . فان أحد الوالدين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ويشبه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما ان شريكه أعتق نصيبه وهو موثر عتق نصيب الشاهد . وإن أنكره الآخر فان كان الشاهد شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لان الشاهد اعترف ان نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المشهود عليه فان كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه اذا حلف ثبتت حصته من الدية وان كان مقبول القول حلف الجاني معه وسقط حق المشهود عليه ويحلف الجاني انه عفا عن الدية ولا يحتاج الى ذكر العفو عن القصاص لانه قد سقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج الى ذكره في اليمين لانه انما حلف على ما يدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية

(فصل) اذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين وكانت الجراح مندملة قيات شهادتهما لانها . يجزان الى أنفسهما نفعا وان كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما وقد ذكرناه وان شهد وارث المريض له بمال فني قبول شهادتهم وجهان (أظهرهما) قبولهما كما لو شهدا له وهو صحيح

(والثاني) لا تقبل لانه متى ثبت المال للمريض تعاق حق ورثته به ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما

ولنا على اشتراط تعذر شهادة شاهد الاصل انه اذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان أحوط للشهادة فان سماعه منها معلوم وصدق شاهدي الفرع مظنون والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن ، ولان شهادة الاصل تثبت نفس الحق وهذه انما تثبت الشهادة عليه ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان : احتمال غلط شاهدي الاصل واحتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك وهناً فيها ولذلك لم تنتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت إلا عند عدم شاهدي الاصل كسائر الابدال ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها ولهذا لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسئلتنا

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت انه تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل وبخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما يمكن فلم يجز غير ذلك إذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر وقد قال الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج الى سماع شهادة الفرع

زاد على الثلث وان شهد لجروح بالجرح من لا يرثه لسكونه محجوباً كالأخوين يشهد ان لأخيها وله ابن سمعت شهادتهما فان مات ابنه نظرت فان كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لان ما يطرأ بعد الحكم بالشهادة لا يؤثر فيها كالفسق وان كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لانها صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كلفوق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما وان شهد على رجل بالجرح الموجب للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وان كان فقيراً لانه قد يكون ذامال وقت العقل فيكون دافعا عن نفسه ويحتمل ان تقبل لانها لا يحل أن شيئا من الدية وان كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة العمدة سمعت شهادتهما لانها لا يدفعان عن أنفسهما ضرراً ، وان كان الشاهدان شهدا على اقراره بالجرح قبلت لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان كانت شهادتهما بجرح عقله دون ثلث الدية خطأ وكانت شهادتهما بالجرح قبل الاندمال لم تقبل لانها ربما صارت نفسها فتحملا وان كان بعده قبلت لانها لا تحمل ما ، ون ذلك

(فصل) وإذا شهد رجلان على رجلين انها قتلا رجلاً ثم شهد الشهود عليهما على الاولين انها اللذان قتلاه فصدق الولي الاولين وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لان الولي يكذبها وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً وان صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضاً لانه يتصدىق (المغني والشرح الكبير) (١٢) (الجزء الثاني عشر)

وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر وهو قول أبي حنيفة وأبي الغائب الغبيري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخيص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم فلو شهد شاهد الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهداً الاصل وقف الحكم على جماع شهادتهما لانه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فلم يجوز العمل به كالمقيم يقدر على الماء قبل الصلاة ولأن حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع فإذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق (الشرط الثاني) ان يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها في كل واحد من شهود الاصل والفرع على الوجه الذي ذكرناه لأن الحكم ينبغي على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا خلاف في هذا فعلمه فان عدل شهود الفرع شهود الاصل فشهدا بعد التهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف فعلمه وإن لم يشهدا بعد التهما جاز ويتولى الحاكم ذلك فان علم عدالتهما حكم وإن لم يعرفها بحث عنها وبهذا قال الشافعي

وقال الثوري وأبو يوسف إن لم يعدل شاهداً الفرع شاهدي الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وليس بصحيح لانه يجوز أن لا يعرف ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرف عدالتهما ويتركها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما ولا بد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة في الجميع إلى انقضاء الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا، وإن مات

الاولين مكذب للآخرين وتصديقه الآخرين تكذيب للاولين وهما متهمان لما ذكرناه فان قيل فكيف تصور هذه المسئلة والشهادة انما تكون بعد الدعوى فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم؟ قلنا يتصور ان يشهدا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتله ولهذا روي عن النبي ﷺ انه قال « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » وهذا معني ذلك

(فصل) (الثالث ما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال غير الحدود والقصاص كالنكاح والطلاق والرجعة والنسب والعتق والولاء والوكالة في غير المال والوصية اليه وما أشبه ذلك فلا يقبل فيه الا رجلاً وعنه في الرجعة والنكاح والعتق انه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وعنه في العتق انه يقبل فيه شاهد ويمين المدعي وقال القاضي النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين)

وجملة ذلك ان ما ليس بعتق ولا يقصد به المال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة وأشياء هذا فقال القاضي المعول عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بمطالبة دين يعني يقبل فيها شهادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا ووجه ذلك ان الوكالة

شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاصل قبل اداء الفروع شهادتهم لم يمنع من ادائها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك إن جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

(الشرط الثالث) أن يعينا شاهدي الاصل ويسمياهما ، وقال ابن جرير إذا قال ذكرين حريين عدلين جاز ، وإن لم يسميا لان الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ولان الشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فإذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك

(الشرط الرابع) أن يسترعيه شاهد الاصل الشهادة فيقول اشهد على شهادتي أنني أشهد أن فلان على فلان كذا أو أقر عندي بكذا ، أو سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهده عليها فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة ، قال احمد لا تكون شهادة إلا أن يشهدك فأما اذا سمعته يتحدث فاما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فأما إن سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزیه إلى سبب نحو أن يقول أشهد أن فلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب فيه روايتان

في اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحالة قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداها يخرج على روايتين وقال أبو الخطاب في النكاح والعناق أيضا روايتان (أحدهما) لا يقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق

(والثانية) تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا انه ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص وما ذكره لا يصح فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحلل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن أحمد في ادعسار ما يدل على انه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن مخارق وفيه «حتي يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقه» قال أحمد هكذا جاء الحديث

وذكر القاضي أن له الشهادة به وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه (والرواية الاخرى) لا يجوز أن يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لان الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد مثل شهادته وإنما يشهد على شهادته ، فأما إن قال أشهد أني أشهد على فلان بكذا فالاشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته وهذا قول أبي يوسف لان معنى ذلك أشهد على شهادتي وقال أبو حنيفة لا يجوز إلا أن يقول أشهد على شهادتي اني أشهد لانه إذا قال أشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه وما عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فإذا سمعه يقول أشهد أن فلان علي فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته لانه لم يسترعه الشهادة فيحتمل أن يكون وعده بها وقد وصف الوعد بالوجوب مجازاً عن النبي ﷺ قال « العدة دين » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به ، فان قيل فلو سمع رجلاً يقول لفلان علي ألف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما من وجبين :

(أحدهما) أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الاقرار

فظاهر هذا انه أخذ به وروي عنه لا يقبل انه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا انه اثبت الوصية بشهادة النساء على الافراد اذا لم يحضره الرجال نال اقصاى المذهب في هذا كله لا يثبت الا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لافي الاعسار

(فصل) ولا يثبت شيء مما ذكرنا بشاهد وبمين المدعي لانه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلان لا يثبت بشاهد واحد وبمين أولى قل أحد ومالك في الشاهد والممين انما يكون ذلك في الاموال خاصة لا يقع في حد ولا زكاح ولا طلاق ولا اعتاق ولا سرقة ولا قتل وعن أحمد في العتق انه يثبت بشاهد وبمين العبد ذكره الخريفي فقال اذا ادعى العبد ان سيده اعتقه وآتي بشاهد حلف مع شاهدة وصار حراً ونصر عليه أحمد وقال في الشريكين في عبد ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين عداين فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في الكتاب والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وبقوة فانه لا يثبت بشاهد وبمين قول واحد اقال القاضي: المعمول عليه في جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وقد روى الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علي في الاموال لا تعدو ذلك » وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ انه قضى بالشاهد والممين، قل نعم في الاموال، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره ورواه الامام أحمد بإسناده وغيره

(الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولأن الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قل شاهد الاصل انا أشهد أن فلان على فلانا ألفاً فاشهد به أنت عليه لم يجوز أن يشهد على شهادته لانه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لانه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه

(فصل) فأما كيفية الاداء اذا كان قد استرعاه الشهادة فانه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته اشهدني انه يشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا أو أن فلانا أقر عندي بكذا، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها وإن سمعه يشهد غيره قال أشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا، وإن كان نسب الحق إلى سببه قال اشهد أن فلان بن فلان قال اشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا في الاداء

(فصل) واختلفت الرواية في شرط خامس وهو الذكورية في شهود الفرع فمن أحد أنها شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أولى وهذا

(فصل) الرابع المال وما يقصد به المال كالبيع والرهن والقرض والوصية له وجناية الخطأ يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد وبين المدعي وهل يقبل في جناية العمد الموجبة للمال دون القصاص كالهشمة والنقطة شهادة رجل وامرأتين؟ على روايتين

وجملة ذلك أن المال كالقرض والرهن والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصالح والمساواة والمصارفة والتسركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كالخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وقال أبو بكر لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جناية فاشبهت ما يوجب القصاص والاول اصح لان موجبها المال فاشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص، لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء كذلك ما يوجب به المال يثبت بشهادة النساء فكذلك ما يوجب به ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه العزيز بقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) وأجمع أهل العلم على القول به.

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد وبين، روي ذلك عن أبي بكر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشرح والحسن وإياس

قول مالك والثوري والشافعي لانهم يثبتون بشهادتهم شهادة اشهود الاصل دون الحق وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فاشبهه القصاص والحد .

(والثانية) للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الاصل قال حرب قيل لاحد فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال نعم يعني اذا كان معها رجل وذكر الازاعي قال سمعت نعيم بن اوس يميز شهادة المرأة على شهادة المرأة . ووجهه ان المقصود بشهادة الفروع اثبات الحق الذي يشهد به شهود الاصل فقبلت فيه شهادتهن كالبيع ويقارن الحد والقصاص فانه ليس المقصد من الشهادة به اثبات مال بحال فاما شهود الاصل فيدخل النساء فيه فيجوز ان يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال في قول اكثر اهل العلم وذكر أبو الخطاب في النبع منه رواية أخرى لان في الشهادة على الشهادة ضعفا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل للنساء فيها لانها زداد بشهادتهن ضعفا .

ولنا ان شهود الفرع ان كانوا يثبتون شهادة الاصل فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يثبتون نفس الحق فهي تثبت بشهادتهم ولان النساء شهدن بالمال او ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو ادبها عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له .

(فصل) ويجوز ان يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع

وعبد الله بن عتبة وأبو سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يهرم وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبو الزناد والشافعي وقل الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والازاعي لا يقضى بشاهدوين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ، ولان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فحصر اليمين في جانب المدعي عليه كما حصر البينة في جانب المدعي .

ولنا ما روي سهيل عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد ، رواه سعيد بن منصور في سننه والائمة من أهل السنن والمسانيد ، قال الترمذي هذا حديث غريب وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر وقال النسائي إسناد ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد ولان اليمين تشرع فيمن ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا برفعه

على شاهدي أصل قال القاضي لايختلف كلام أحمد في هذا وهو قول شرح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق البتي والعنبري ومير بن اوس وقال إسحاق لم يزل أهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء وقال أحمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شرح فمن دونه الا ان أبا حنيفة أنكره وذهب أبو عبد الله بن بطة الى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهد فرع وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما باقل من شاهدين كما لا يثبت اقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد .

ولنا ان هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يشبهه فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولان شاهدي الفرع بدل من شهود الاصل فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الاصل ولان هذا اجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لا يتقلان عن شاهدي الاصل حقا عليهما فوجب ان يقبل فيه قول واحد كاخبار الديانات فانهم اتما ينقلون الشهادة وليست حقة عليهم ولهذا لو أنكرها لم يعد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما وهذا الجواب عما ذكره . فاذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع اجاز ان يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبهذا قال

ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً فكذلك إذا انفصلت عنه ولان الآية واردة في "تحمل دون الآداء" ولهذا قال (ان تضل احداً فتذكر احداً الاخرى) والنزاع في الآداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحضر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها في حق الامناء لظهور جانبهم وفي حق الاعن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في اثنى والسلعة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن انقول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) واتقضاء بما قضى به رسول الله ﷺ محمد بن عبد الله أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

(فصل) قل القاضي يجوز أن يحلف على ما لا تجوز الشهادة عليه مثل ان يجحد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ولم يذكره أو يجحد رزماًج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الامانة وانه لا يستب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن اليه جاز أن يحلف عليه ولم يجز أن يشهد به ، وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين .

(أحدهما) أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لان الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه .

مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي ورأيت كثيراً من الأحكام وانفتحت يجره وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه والآخر لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع . واختاره المزني لأن من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصل مع شاهد ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر .

ولنا أنها شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بإقرارين بمقتين أو بإقرار اثنين وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعاً لأنه يؤدي إلى أن يكون بدل أصلاً في شهادة بحق وذلك لا يجوز ولا هم يشترن بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهم ظرفاً لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي إن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة وإن كان حق يثبت بأربع نسوة فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وإن كان المشهود به زناً خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لا مدخل لشهادة الفرع في اثباته .

(والثاني) يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة (الثالث) يكفي ثمانية (الرابع) يكونون أربعة يشهدون على كل واحد (الخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل وهذا أثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد (فصل) وإن شهد بالحق شاهداً أصل وشاهداً فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز، وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل ، وإن شهد شاهد أصل ثم

(الثاني) أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة والأولى التورع عن ذلك إن شاء الله تعالى .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً رجلاً أو امرأة ، نص عليه أحمد لأن من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالنكر إذا لم تكن بينة .

(فصل) قال أحمد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فإن أبي أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعي وروى عن أحمد : ذن أبي المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي وبه قول الشافعي ، وقال مالك يقبل ذلك في الأموال لأنها في الأموال أقيمتا مقام الرجل فيحلف معها كما يحلف مع الرجل ويحتمل لنا مثل ذلك .

ولنا أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربعة نسوة وما ذكره يبطل بهذه الصورة فإنها لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لسكنى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين ، لأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل .

شهد هو وآخر فرأى على شاهد أصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئاً وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

(مسئلة) قال (ويشهد على من سمعه يقر بحق وان لم يقل للشاهد اشهد علي)

اختلفت الرواية عن احمد في هذه المسئلة فالمذهب ما ذكره الخري وبه قال الشعبي والشافعي وعن احمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما انه لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يستترعيه اياها ويقول له اشهد على شهادتي ، وعنه رواية ثالثة اذا سمعه يقر بقرض لا يشهد واذا سمعه يقر بدين يشهد لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز ان يكون اقترض منه ثم وفاه ، وعنه رواية رابعة اذا سمع شيئاً فدعي إلى الشهادة فهو بالخيار ان شاء شهد وإن شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه اذا اشهد ان يشهد اذا دعي (ولا ياب الشهاد إذا ما دعوا) قال اذا اشهدوا وقال ابن أبي موسى : اذا سمع رجلاً يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسمع الشاهد فلان يشهد عليه فيقول اشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا ولا يقول اشهد على اقراره وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجوز ان يشهد به ، والصحيح

(فصل) ولا يشترط أن يقول في يمينه وان شاهدي صادق في شهادته وقيل يشترط وهل تقبل شهادة رجل وامرأتين وشاهد وعين في دعوى قتل الكافر لاستحقاق سلبه ودعوى الاسير إسلاماً سابقاً لمنع رقه؟ على روايتين من المحرر

(الخامس) مالا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع والاستهلال والبكارة والشيوبة والخير ونحوه فيقبل فيها شهادة امرأة واحدة وعنه لا يقبل فيها أقل من امرأتين وان شهد به لرجل كان أولى بشبوته ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة ، قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء: الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والشيابة والبرص وانقضاء العدة وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح . ولنا ما روي عقبه بن الحارث قال تزوجت ام يحيى بنت أبي اهاب فأتت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكم فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عني ثم أتته فقلت يا رسول الله انها كاذبة فقال « وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة ويخاف عقد النكاح فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضاً أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانها تكون بعد الولادة وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم لانها تكون حال الولادة

(المغني والشرح الكبير) (١٣) (الجزء الثاني عشر)

الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان يشهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال ، وذكر القاضي أن في الافعال روايتين

(أحدهما) لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه اشهد وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي الى منع الشهادة عليها بالكلية فان الغاصب لا يقول لاحد اشهد على أي اغصب ولا السارق ولا الزاني ولا القاتل واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكر وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عز هل اشهدكم او لا؟ ولم يقل هذا احد من الصحابة ولا من غيرهم ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة وان اراد به الافعال التي تكون بالتراضي كالقرض والقبض فيه وفي الرهن والبيع والاقتراء ونحو ذلك جاز

(فصل) ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين شرطاً عليهما ان لا يحفظا عليهما شيئاً كان للشاهدين ان يشهدا بما سمعاه منكما ولم يسقط ذلك شرطهما لان للشاهد ان يشهد بما سمعه أو علمه وذلك قد حصل له سواء اشهده او سمعه وكذلك يشهدان على العقود بحضورها وعلى الجنائيات بمشاهدتها ولا يحتاجان الى اشهاد وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين

(أحدهما) حق لادمي معين كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات كاتقاصص

فيمتدح حضور الرجال فأشبهت الولادة نفسها وقدرروي عن علي أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور من حديث جابر الجعفي وأجازته شرح والحسن والحارث المكي وحامد فاذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فإنه يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة ، وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن احمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثوري لان كل جنس يثبت به الحق يكفي فيه اثنان كالرجال ولان الرجال أكمل منهم ولا يقبل منهم إلا اثنان وقال عثمان يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معين رجل وقل ابو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة لا يقبل فيها إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم تقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ، ولان النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل »

ولنا حديث عقبة بن الحارث الذي ذكرناه وروى حذيفة ان النبي ﷺ قال « يجزي في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية واخبار الديانات ، وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم ، وقول النبي ﷺ « شهادة امرأتين بشهادة رجل » في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل فان شهد الرجل بذلك قبل وحده وهو قول

وحد ائذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه الا بعد الدعوى لان الشهادة فيه حق لآدمي فلا تستوفى الا بعد مطالبته واذنه ولانها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقديمها عليها (الضرب الثاني) ما كان حقاً لآدمي غير معين كالوقف على الفقراء والمساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد أو سقاية أو متبرة مسيلة أو الوصية لشيء من ذلك ونحو هذا أو ما كان حقاً لله تعالى كالحقوق الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تنتظر الشهادة به إلى تقدم الدعوى لان ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطلب به ولذلك شهد أبو بكر واصحابه على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو اعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى ولو شهد شاهدان بعق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود بعقته أو لم يصدقهما وبهذا قال الشافعي وبه قال أبو حنيفة في الأمة وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فأشبهه سائر حقوقه ولنا انها شهادة بعق فلا تنتظر إلى تقدم الدعوى كعتق الأمة وبخالف سائر الحقوق لانه حق لله تعالى ولهذا لا ينتظر إلى قبول المعتق ودليل ذلك الأمة وما ذكره يطل بعق الأمة فان قيل

أبي الخطاب لانه أكل من المرأة فاذا اكتفى بها وحدها فلان يكتفى به أولى ولان ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية ﴿فصل﴾ قال رحمه الله (وإذا شهد بقتل العمد رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية ، وإن شهدوا بالسرقة ثبت للمال دون القطع)

لأن السرقة توجب القطع والمال فاذا قصرت عن أحدهما أثبتت الآخر . والقتل يوجب اقتصاص والمال بدل منه فاذا لم يثبت الاصل لم يجب بدله ، وإن قلنا موجب أحد شيئين لم يتعين أحدهما إلا بالاختيار فلو أوجبنا الدية وحدها أوجبنا معيناً ، وقال ابن أبي موسى لا يجب المال فيما إذا شهدوا بالسرقة ولا أنها شهادة لا توجب الحد وهو أحد موجبها فاذا بطلت في أحدهما بطلت في الآخر ﴿مسئلة﴾ (وإذا ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان أو شاهد ويمين المدعي)

لانه يدعي المال الذي خالعت به وإن ادعته المرأة لم يقبل فيه إلا رجلان لأنها لا تقصده إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك بهذه البيينة فاما ان اختلفا في عوض الخلع خاصة ثبت برجل وامرأتين وكذلك ان اختلفا في الصداق لانه مال

(فصل) وإن ادعى رجل انه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين أو شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجب المال ولم يثبت

الامة يتعلق باعتناقها تحريم الوطء قلنا هذا لا اثر له فن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسم الشهادة به الا بسد الدعوى

(فصل) ومن كانت عنده شهادة لا دمي لم يخل اما أن يكون عالماً بها أو غير عالم فان كان عالماً بها لم يحز للشاهد أدائها حتى يسأله ذلك لقول النبي ﷺ « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخاري ولأن أداءها حق للمشهود له فلا يستوفى الا برضاه كسائر حقوقه وان كان المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد أدائها قبل طلبها لأن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ : الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » رواه مسلم وأبو داود ومالك وقال مالك هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بها الذي هي له وهذا الحديث وان كان مطابقاً فإنه يتعين حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديثين ولأنه اذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على انه لا يريد اقامتها بخلاف العالم بها وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها فيقول اشهد انه اقر بكذا ونحوه ولو قال ألم أو أحق وأتقن أو أعرف لم يعتد به لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولأن فيها معنى لا يحصل في غيرها من المفعولات بدليل أنها تستعمل في البين فيقال اشهد بالله ولهذا تستعمل في اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً

قتل الأول لأنه عمد موجه القصاص فهما كالجنائيتين المقرتين وعلى قول أبي بكر لا يثبت منهما شيء لان الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين سواء كان موجبها المال او غيره ، ولو ادعى رجل على آخر انه سرق منه وغضبه مالا خلف بالطلاق والعقاق ماسرق منه ولا غضبه ، وأقام المدعي شاهداً أو امرأتين شهدا بالسرقة والغضب ، أو شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغضوب لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتق لأن هذه البينة جحد في المال دون الطلاق والعقاق وظاهر مذهب الشافعي

﴿ مسألة ﴾ (وإذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجرارية أنها أم ولده وولدها منه فبني له بالجرارية أم الولد وهل ثبت حرية الولد ونسبه من مدعيه ؟ على روايتين)

أما الجرارية فتحكم له بها لان أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها واعارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاء باقراره لأن إقراره ينفذ في ملكه ولذلك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين . ولا نحكم له بالولد لأنه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حرية أيضاً فعلى هذا تقول الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لأن من يثبت له العين ثبتت له نساؤها والولد نساؤها وذكر فيها أبو الخطاب عن احمد روايتين كقول الشافعي

﴿مسئلة﴾ قال (وتجوز شهادة المستخفي اذا كان عدلا)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه لئلا يسمع اقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سرا فيختبئ شاهداً في موضع لا يعلم بهما لئلا يسمع اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة وبهذا قال عمرو بن حريث وقال كذلك يفعل بالخائن والفاجر وروى مثل ذلك عن شريح وهو قول الشافعي وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وروى ذلك عن شريح والشعبي لأن الله تعالى قال (ولا تجسسوا)؛ وروى عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بمحدث ثم انتفت فهي أمانة » يعني أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لانتفاته وحذره ، وقال : مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبل عليه وان لم يكن كذلك قبلت ولنا أنهما شهدا بما سمعاهما يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بها

﴿كتاب الاقضية﴾

﴿مسئلة﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (واذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم فافر أحدهما بمائة درهم ديننا على أبيه لاجنبي دفع الى المقر له نصف ما في يده من إرثه عن أبيه الا ان يكون المقر عدلاً فيشاه الغريم ان يخلف مع شهادة الابن يأخذ المائة وتسكون المائة الباقية بين الابنين)

ولنا انه لم يدع الولد ملكاً وإنما يدعي حريته ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه

(فصل) فإن ادعى انها كانت ملكه فأعتقها لم يثبت ذلك بشاهد وامرأتين لأن البينة شهدت بملك قديم فلم يثبت والحرية لا تثبت إلا برجل وامرأتين ويحتمل أن تثبت كالتى قبلها

﴿باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة﴾

(تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضي وترد فيما يرد فيه)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فان الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابو عبيد اجتمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ، ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الموقوف وما يتأخر اثباته عند الحاجة ثم يموت شهوده ، وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل

هذه المسئلة في الاقرار من بعض الورثة وقد ذكرناها في باب الاقرار وانه انما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه وميراثه ههنا النصف فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة ونصفها الباقي يشهد به على أخيه فان كان عدلاً فشاء الغريم حلف مع شهادته واستحق الباقي لانه لا تهمة في حق الابن المقر فانه لا يجر الى نفسه بهذه الشهادة نفعاً ولا يدفع بها ضرراً وان شهد اجنبي مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعي بما شهد به له اذا كانا عدلين وأدى الشهادة بلفظ الشهادة ولا يكتفى بلفظ الاقرار في الشهادة لما ذكرنا من قبل وان كان الاقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل ان يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدين ويشهدان به فان شهادتهما تقبل ويثبت باقي الدين في حق المنكر وبهذا كله قال الحسن والشعبي والشافعي وابن المنذر وقال حماد وأصحاب الرأي المقر به كله في نصيب المقر وهو قول الشعبي وعلى هذا ينبغي ان لا تقبل شهادة المقر بالدين لانه يجر بشهادته نفعاً الى نفسه وهو اسقاط بعض ما اقر به عن نفسه والاقرار بوصية تخرج من الثلث كالاقرار بالدين فيما ذكرناه

(فصل) ولو ثبت لرجل على رجل دين ببيينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية في قول عامة أهل العلم الا ابن أبي ليلى قال لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك فيحتمل انه منع من ذلك لثلا يواطىء من يشهد له بدين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه ولنا أنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره وذلك لانه لا يجر بشهادته الى نفسه نفعاً ولا

(الفصل الثاني) انها تقبل في المال وما يقصده المال كما ذكر ابو عبيد ولا تقبل في حد وهذا قول الشعبي والنخعي وابي حنيفة وقال مالك والشافعي في قول وابو ثور تقبل في الحدود وفي كل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالآل

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهود الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب أن لا تقبل فيما يندريء بالشبهات ولائها إنما تقبل الحاجة ولا حاجة اليها في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولأنه لانص فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا فيبطل اثباتها ، وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف لانه قال انما يجوز في الحقوق : اما الدماء والحد فلا وهذا قول ابي حنيفة وقال مالك والشافعي يقبل وهو ظاهر كلام الخري لقوله في كل شيء إلا في الحدود ولأنه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الاموال وذكر أصحابنا هذا رواية في الطلاق وليس هذا برواية فان الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب انها لا تقبل فيه لأنه عقوبة فيه تدراً بالشبهات وتبني على الاسقاط فأشبهت الحدود فاما ما عدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا

يدفع بها ضرراً بل يضر نفسه بها لكون الشهود له يزاحمه في الاستيفاء وينقص ما يأخذه فهو أقرب إلى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الاجنبي فلم يمنع قبول شهادته

(مسئلة) قال (ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فابى الوارثان أن يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق فان حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفع الى الغريم)

وجملته ان الرجل إذا مات مقلساً وادعى ورثته ديناً له على رجل فانكر فاقاموا شاهداً عدلاً وحلفوا معه حكم بالدين للميت ثم تقضى منه ديونه ثم تنفيذ وصاياه من الثلث الا ان يجيز الورثة فان أبي الورثة ان يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت وبهذا قال اسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد وقال في القديم للغريم ان يحلف ويستحق وهذا قول مالك لان حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت انال قدم حقه على الورثة وكانت له اليمين كالوارث

ولنا ان الدين للورثة دون الغريم فلم يكن له ان يحلف عليه كما لو لم يستغرق الدين ميراثه والدليل على أنه للوارث أنه يكتفى بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفى به ولان حق الغريم في ذمة الميت والدين للميت ولهذا يشهد الشاهدان الدين للميت والذي يحلف معه انما يحلف على هذا ولا يجوز للغريم ان يحلف لي

بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهذا قول الخري، وقال ابن حامد لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولهما لا تقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لا يثبت الا بشاهدين فأشبهه حد اثمذف. ووجه الاول أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كاللأل وبهذا فرق الحدود

(الفصل الثالث) في شروطها وهي ثلاثة (أحدها) أن تعذر شهادة شهود الاصل بموت أو مرض أو غيبة الى مسافة القصر وغنه لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل

هذا أحد الشروط وهو تعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على ارواية وأخبار الديانات وروي عن الشعبي أنها لا تقبل إلا ان يموت شاهد الاصل لانهما اذا كانا حين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين وعن احمد مثل ذلك الا ان القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف ولنا على اشتراط تعذر شاهد الاصل انه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل يستغني عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع ولكن احوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع عليهما مظنون والعمل باليمين مع امكانه أولى من اتباع الظن ولان شهادة الاصل

في ذمة المدعى عليه دينا بالاتفاق فلم يجز ان يحلف على دين غيره الذي لا فعل له فيه لان النبي ﷺ إنما جعل اليمين للمالك ولا يلزم على هذا الوكيل لانه يحلف على فعل نفسه ولان الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين لرجع الدين إلى الورثة ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع اليهم وهكذا وصى الميت لانسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن للموصى له ان يحلف لما ذكرناه

(فصل) فان حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين الا قدر حصته وهكذا اذا ادعى الورثة وصية لايهم أو دينا وأقاموا شاهدا لم يثبت جميعه الا بايمان جميعهم، وان حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقي الورثة لانه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ولا يجوز ان يستحقوا بيمين غيرهم ويقضي من دين أبيه بقدر ما ثبت له فان كان في الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه لانه لا يمكن ان يحلف على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة وان كان فيهم آخرس مفهوم الاشارة حلف وأعطى حصته وان لم تفهم اشارته وقف حقه أيضا فان مات أو مات الصبي والمعتوه قام وورثتهم مقامهم في اليمين والاستحقاق فان طالب اولياؤهما في حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ريعقل الآخرس الاشارة أو باقامة كفيل لم يجابوا الى ذلك لان الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق

(فصل) وتركه الميت يثبت الملك فيها لورثته وسواء كان عليه دين أو لم يكن نص عليه أحمد

ثبت نفس الحق وهذا إنما تثبت الشهادة عليه ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان احتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك. وهنا فيها ولذلك لم ينتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت الا عند عدم شهادة الاصل كسائر الابدال ولا يوضح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها وكذلك لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسائلنا.

ولنا على قبولها عند تمذرها بغير الموت أنه قد تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل ويخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك. اذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الغيبة المشروطة لجمع شهاد الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكن أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المداينة بمثل هذا السفر. وقد قال تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتجج إلى سماع شهادة الفرع وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر. وهو قول أبي حنيفة وأبي العلي الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم وسندكره ان شاء الله تعالى

فيمن افلس ثم مات قال قد انتقل المبيع الى الورثة وحصل ملكا لهم وبهذا قال الشافعي وقل أبو حنيفة ان كان الدين يستغرق التركة منع نقلها الى الورثة فان كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها وقل أبو سعيد الاصطخري يمنع بقدره وقد أوما أحمد إلى مثل هذا فانه قل في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين فقال أحد البنين أنا أعطي ودعوا لي الربع فقال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على أنها لم تنتقل اليهم عنده لانه يمنع الوارث من امساك الربع بدفع قيمته لان الدين لم يثبت في ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة والمذهب الاول ولهذا قلنا إن الغريم لا يحلف على دين الميت وذلك لان الدين محله الذمة واما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ولهذا لا يلزم الغرماء نفقة العبيد ولا يكون نماء التركة لهم ولانه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لاحد لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء لانها لو انتقلت اليهم لزمهم نفقة الحيوان وكان بماؤها لهم غير محسوب من دينهم ولا يجوز أن تبقى للميت لانه لم يبق أهلاً للملك ولا يجوز أن لا تكون لاحد لانها مال مملوك فلا بد من مالك ولانها لو بقيت بغير مالك لا يبيحت لمن يتملكها كسائر المباحات فثبت أنها انتقلت إلى الورثة فعلى هذا اذا نمت التركة مثل أن غلت الدار وأثمرت النخيل ونمت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتعلق به حق الغرماء لانه نماء ملكه فاشبهه كسب الجاني ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز لشاهد الفرع ان يشهد حتى يسترعيه شاهد الاصل فيقول اشهد على شهادتي اني اشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي أو أشهدني على نفسه طوعاً بكذا أو شهدت عليه أو أقر عندي بكذا، وان سمعه يقول اشهد على فلان بكذا لم يجوز أن يشهد إلا أن يسمعه يشهد عند الحاكم أو يشهد بحق يعزیه الى سبب من بيع أو اجارة أو قرض فهل يشهد؟ به على وجهين)

يشترط لجواز شهادة الفرع أن يسترعيه على ما ذكرنا فان سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهد عليها جاز لهذا السامع ان يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له ان يشهد إلا ان يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة قال أحمد لا تكون شهادة الا ان يكون يشهدك فاما ان سمعه يتحدث فانما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فاما ان سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزیه الى سبب نحو ان يقول اشهد ان فلان على فلان الفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به؟ فيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب، وذكر القاضي أن له الشهادة وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق الى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما

كفء الرهن ومن اختار الاول قال تعلق الحق بالرهن أكد لانه ثبت باختيار انالك ورضاه ولهذا منع التصرف فيه وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني وعلى الرواية الاخرى يكون تمام التركة حكمة حكم التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الاولى تصرفهم صحيح فان قضوا الدين وإلا تنقضت تصرفاتهم كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يتص دين الجاية ، وعلى الرواية الاخرى تصرفاتهم فاسدة لانهم تصرفوا فيما لم يملكوه

(فصل) اذا خلف ثلاثة بنين وأبوين فادعى البنون ان أباهم وقف داره عليهم في صحته وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وقفاً عليهم وسقط حق الابوين وإن لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الابوان وكان نصيبها طلقاً لها ونصيب البنين وقفاً عليهم باقرارهم لانه ينفذ باقرارهم ، وإن كان على الميت دين أو وصى بشيء قضى دينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين كان وقفاً عليهم باقرارهم ، وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفاً عليه والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثاً فما حصل للابنين منه كان وقفاً عليها ولا يرث الخالف شيئاً لانه يعترف انه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه ، وإن حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتباً على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركاً فان كان مرتباً فإذا انقرض الاولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين لانه قد ثبت كونه وقفاً بالشاهدين

لو استرعه والرواية الاخرى لا يجوز له ان يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لأن الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه الا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد مثل شهادته إنما يشهد على شهادته ، فاما ان قال اشهد اني اشهد على فلان فكذا فالاشبه أنه يجوز ان يشهد على شهادته وهو قول أبي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي اني اشهد لانه اذا قال اشهد فقد امره بالشهادة ولم يسترعه وماعدا هذه المواضع لا يجوز ان يشهد فيها على الشهادة فاذا سمعه يقول اشهد ان لفلان على فلان ألف درهم لم يجوز ان يشهد على شهادته لأنه لم يسترعه الشهادة فيحتمل ان يكون وعده بها وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازاً فان النبي ﷺ قال « العدة دين » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجوز لسامعه الشهادة به ، فان قيل فلو سمع رجلاً يقول لفلان على فلان ألف درهم جاز ان يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) ان الشهادة تحتمل العلم ولا يحتمل الاقرار ذلك (الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وانه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الاصل انا اشهد أن لفلان على فلان ألفاً فاشهد به انت عليه لم يجوز ان يشهد على

ويعين الأولاد فلم يحتج من انتقل اليه إلى يئنة كما لو ثبت بشاهدين وكمال التوروث وكذلك إذا انقرض الأولاد ورجع إلى المالكين لم يحتاجوا في ثبوتهم إلى يمين لما ذكرناه وإن انقرض أحد الأولاد انتقل نصيبه منه إلى أخوته أو إلى من شرط الواقف انتقاله اليه بغير يمين لما ذكرناه فإن امتنع البطن الأول من اليمين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وفقاً عليهم باقرارهم فإذا انقضوا كان ذلك وفقاً على حسب ما أقروا به فن كان اقرارهم أنه وقف عليهم ثم على أولادهم فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وفقاً لنا فهم ذلك لأنهم يتقلون الوقف من الواقف فإثباته كالبيان الأول، فأما إن حلف أحد البنين ونكل أخواه ثم مات الخالف نظرت فإن مات بعد موت أخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجهاً واحداً وإن مات في حياة أخوته ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) ينصرف إلى أخوته لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول (والثاني) ينتقل إلى أولاده لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولهما فصاراً كالمردومين (والثالث) يصرف إلى أقرب عصبة الواقف لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين ولا إلى البطن الثاني لما ذكرناه فيصرف إلى أقرب عصبة الواقف إلى أن يموت الأخوان ثم يعود إلى البطن الثاني والأول أصبح لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما وإنما امتنعا من إقامة الحجة عليه ولذلك لو اعترف لهما الأبوان ثبت الوقف من غير يمين وهما قد حصل الاعتراف من البطن الثاني فوجب أن ينصرف إليهما لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له

شهادته لأنه ما استرعه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عاينه ولا شاهد سببه .

(فصل) فأما كيفية الأدلة إذا كان قد استرعه الشهادة فإنه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعاداته أشهدني أنه يشهد أن فلان بن فلان كذا أو أن فلاناً أقر عندني بكذا وإن لم يعرف عاداته لم يذكرها وإن سمعه يشهد غيره قل أشهد أن فلان بن فلان أشهد على شهادته أن فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا ، وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قل أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا ، وإن كان نسب الحق إلى سببه قل أشهد أن فلان بن فلان قال أشهد أن فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرناه

(فصل) ويشترط أن يميننا شاهدي الأصل على ما ذكرناه ويسميها . وقال ابن جرير إذا قلا ذكرين حرين عدلين جازوان لم يسمي لأن الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما ومجروحان عند غيرهما ولأن الشهود عليها بما أمكنه جرح الشهود فإذا لم يعرف أعيانهم تعذر عليه ذلك .

فإن قيل فإذا كان البطن الثاني صفاراً فما حصل الاعتراف منهم قلنا قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه وبالبينة التي ثبت بها الوقف وبها يستحق البطن الثاني فاكتفى بذلك في انتقاله إلى الاخوين كما يكتفى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الاخوين ، وبدل على صحة هذا اننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف وفي كفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتفى به فيه . فأما ان كان شرط الواقف ان مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً لأنه لا منازع لهم فيه ، وان مات من غير ولد انتقل إلى اخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران

(الحال الثاني) إذا كان الوقف مشتركاً وهو ان يدعوا ان أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ما تناسلوا فقد شرك بين البطون ففي هذه الحال إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة ، وان كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم فان كان كبيراً حلف واستحق وان لم يحلف كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة لأنه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وان كان صغيراً أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم في الوقف أو كان أحد البنين صغيراً وقف نصيبه من الوقف عليه ولا يسلم إلى وليه حتى يبلغ فيحلف أو يمتنع لأنه يتلقى الوقف من غير واسطة فان قيل فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك فيكتفى باعترافهم كما لو

﴿ مسألة ﴾ (وثبتت شهادة شاهدي الاصل بشهادة شاهدين يشهدان عليها سواء شهدوا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع وقال ابو عبدالله بن بطة لا يثبت حتى يشهد اربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع) .

وجملة ذلك انه يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع على شاهدي اصل ، قال القاضي لا يختل كلام احمد في هذا . وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن ابي ليلى والثردي واسحاق والبتى والعنبري وقال اسحاق لم يزل اهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء . قال احمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه إلا أن أباحنيفة أنكره ، وذهب ابو عبدالله بن بطة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل الا شاهدا فرع وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد ولنا ان هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يشبهه فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولأن شاهدي الفرع بدل من شاهدي الاصل فيكن في عددها ما يكتفي في شهادة الاصل ولأن هذا اجماع

كان في أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فانه يعلم لي وليه؟ قلنا الفرق بينها ان الدار التي في أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين وهذه ينازعهم فيها الابوان وأصحاب الديون والصايات وانما يأخذونها بأيمانهم فاذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا يمينه كما لا يستحق واحد منهم إلا باليمين، ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بعد بطن فانه لا يشاركهم أحد من البطن الثاني، فاذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه خلف كان له، وان امتنع نظرت فان كان موجوداً حين الدعوى أو قبل حلهم كان نصيبه ميراثاً كما لو كان بالغاً فامتنع من اليمين، فان حدث بعد أيمانهم وثبت الوقف نماء كان له نصيبه أيضاً لان الوقف ثبت في جميع الدار بأيمان البنين فلا يبطل بامتناع من حدث الا انه ان اقر انها ليست وقفاً وكذب البنين في ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثاً حكمه حكم نماء الميراث. وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له

وقال القاضي ان امتنع من اليمين رد نصيبه الى الاولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها لانه لا يجوز أن يستحق شيئاً بغير يمينه ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيمانهم فتعين رد نصيبه إليهم

ولنا انه ان كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين يثبت الوقف فلم يجوز ان يثبت الوقف في نصيبه بغير يمينه كالبائع، وان كان حادثاً بعد ثبوت الوقف بأيمانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم في إقرارهم فلم يجوز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بماله ولا أنهم يقرون بأنهم لا يستحقون

على ما ذكره احمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الاصل حقاً عليهما فوجب أن يقبل فيه قول واحد كاخبار الديانات فانها لا ينقلان الشهادة وليست حقاً عليهما ولهذا لو أنكرهما لم يعد الحاکم عليهما ولم يبطأ منبما وهذا الجواب عما ذكره. إذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبه قال مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي رأيت كثيراً من الحكماء والمفتين يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه (والآخر) لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهداً فرعاً، واختاره المزني لان من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصلاً ثم يشهد مع آخر على شهادة شاهد الاصل الآخر

ولنا انهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بإقرار اثنين أو بإقرارين بمقتين وانما لم يجوز أن يشهد شاهد الاصل فرعاً لانه يؤدي الى أن يكون بدلاً أصلاً بشهادة بحق وذلك لا يجوز ولأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهما ظرفاً لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي إن يثبت الحق بشهادة رجل واحد وجب أن يكون شهود الفرع ستة وإن كان ثبت بأربع نسوة وجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وإن كن الشهود به زناً خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لا مدخل لشهادة

أكثر من ثلاثة أرباع الوقت فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك ، وإن مات الصغير قبل بلوغه قام وإرثه بمقامه فيما ذكرنا وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضاً نصيبه مما كان لعمه الميت وكان الحكم فيه كالحكم في نصيبه الأصلي

وقال إقاضي إن بلغ فامتنع من اليمين فلربع موقوف إلى حين موت الثالث ويقسم بين البالغين وورثة الميت لأنه كان بين الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة لأنها مستحقا الوقف

(مسألة) قال (ومن ادعى دعوى وذكر أن يئنته بالبعد منه خاف المدعى عليه ثم أحضر

المدعى يئنته حكم بها ولم تكن اليمين مزية للحق)

وجاءته إن المدعى إذا ذكر أن يئنته بعيدة منه أولاً لا يمكنه إحضارها أولاً يريد قائمها فطالب اليمين من المدعى عليه أسلف له فإذا حلف ثم أحضر المدعى بيعة حكم له وهذا نال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث والشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحاق وحكي عن ابن أبي ليلى ودأود أن يئنته لا تسمع لأن اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعى كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بيعة المدعى .

ولنا قول عمر رضي الله عنه "اليمين الصادقة أحب إلي من اليمين الناجزة وظاهر هذه البيعة الصدق ويلزم من

الفرع في اثباته (وإثباتي) يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على كل واحد من شهود الأصل أربعة (الثالث) يكفي ثمانية (والرابع) يكون أربعة يشهدون على كل واحد (والخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل وهذا أثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصل) فإن شهد بالحق شاهد أصل وشاهد فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز وإن شهد

شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه ما ذكرنا من الخلاف من قبل

(فصل) وإن شهد شاهد أصل ثم شهد هو وآخر فرعاً على شاهد أصل آخر لم تندشهادته الفرعية شيئاً

وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

﴿ مسألة ﴾ (ولا مدخل للنساء في شهادة الفرع)

عن أحمد إن الذكورية شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما يقبل فيه شهادة

النساء أولاً ، وهذا قول الشافعي ومالك والثوري لأنهم يثبتون بشهادتهم شهود الأصل دون الحق وليس

ذلك بمال ولا انتصود منه المال ويطلع عليه الرجل فأشبهه القصاص والحد (وإثباتية) لمن مدخل فيما

كان الشهود به يثبت بشهادتهم في الأصل قال حرب قيل لا حمد في شهادة امرأتين على شهادة امرأتين

تجوز ؟ قال نعم يعني إذا كان معهما رجل ، وذكر الأوزاعي قل : سمعت نعيم بن أوس يجيز شهادة

المرأة على شهادة المرأة . ووجهه أن المقصود بشهادتهم إثبات الحق الذي شهد به شهود الأصل فيدخل

صدقه بخوار اليمين المتقدمة فتكون أولى ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها باقراره يجب عليه باليمين كما قبل اليمين وما ذكره لا يصح لأن اليمين الاصل واليمين بدل عنها ولهذا لا تشرع الا عند تعذرها والبديل يبطل بالقدرة على البديل كبطالان التيمم بالقدرة على الماء ولا يبطل الاصل بالقدرة على البديل ويدل على الفرق بينهما أنها حال اجتماعها وإمكان سماعها تسمع اليمين ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأر عنها

(فصل) فإن طلب المدعي حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل به إلى أن يحضر بينته البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمة خصمه نص عليه أحمد لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقم به كتيلا ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصوما لم يتوجه عليه حق ولأنه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق، وإن كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لأن ذلك من ضرورة إقامتها فإنه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن إقامتها إلا بحضوره ، ولأنه لما تمكن من احضاره مجلس الحاكم اقيم اليمين عليه تمكن من ملازمته فيه حتى يحضر اليمين وتفارق اليمين البعيدة أو من لا يمكن حضورها فإن إزماء الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه

(فصل) ولو أقام المدعي شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضي بها لما ذكرنا في التي قبلها، وإن قال المدعي لي يمينه حاضرة وأريد اخلاف المدعى عليه ثم أقيم اليمين عليه ففيه وجهان

النساء فيه فيجوز أن يشهد رجلان على رجل وامرأتين ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أن النساء ليس لهن مدخل في الشهادة على الشهادة لأن فيها ضعفاً لما ذكرنا من قبل فلا مدخل لهن فيها لأنها تزاد بشهادتهن ضعفاً فاعتبرت تقويتها باعتبار الذكورية فيها فعلى هذه الرواية لا يكن أصولاً ولا فروعاً ولنا أن شهود الفرع أن كانوا يشتركون شهادة الأصول فهي تثبت بشهادتهم وإن كانوا يشتركون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهم ولأن النساء يشهدن بالمال أو ما يقصدهن المال فيثبت بشهادتهن كما لو أدنهن عند الحاكم وما ذكر للرواية الأخرى لا أصل له

﴿ مسألة ﴾ (قال القاضي لا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين) نص عليه أحمد

وقال أبو الخطاب هذه الرواية سهو من ناقلها

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدي الفرع حتى تثبت عنده عدالتهم)

وعدالة شاهدي الأصل)

وذلك لأن الحكم ينبني على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا يعلم في هذا خلافاً فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع فشهدا بعد التماسا على شهادتهما جاز بغير خلاف تعلمه وإن لم يشهدا بعد التماسا جاز ، ويتولى الحاكم ذلك فإذا علم عدالتهم حكم وإن لم يعرفهما وهذا مذهب الشافعي

(أحدهما) له ذلك ويستحلف خصمه لانه يملك استحلافه اذا كانت بينته بعيدة فكذلك اذا كانت قريبة ، ولأنه لو قل لا أريد إقامة بينتي القريبة ملك استحلافه فكذلك اذا أراد إقامتها (الثاني) لا يملك استحلافه لان في البينة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ولان البينة أصل واليمين بدل فلا يجمع بين البدل والأصل كالتيهم مع الماء وثارق البعيدة فأنها في الحال كالمعدومة لا معجز عنها وكذلك التي لا يريد إقامتها لانه قد تكون عايه مشقة في احضارها أو عليها في الحضور مشقة فيسقط ذلك المشقة بخلاف التي يريد إقامتها

(مسألة) قال (واليمين التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله وان كان الحالف كافراً)

وجملته أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله في قول عامة أهل العلم إلا أن مالكاً أحب أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ، وإن استحلف حاكم بالله اجزأ ، قال ابن المنذر هذا أحب إلي لان ابن عباس روى أن رسول الله ﷺ استحلف رجلاً فقال له « قل والله الذي لا إله إلا هو ماله عندك شيء » رواه أبو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قال والله الذي لا إله إلا هو إن النخل لنخلي وما لأبي فيه شيء وقال الشافعي إن كان المدعى قصاصاً أو عتاقاً أو حداً أو مالا يبلغ نصاباً غلظت اليمين فيحلف

وقال الثوري وأبو يوسف أن لم يعدل شاهد الفرع شاهدي الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لان ترك تعديله يرتاب به الحاكم ولا يصح ذلك لانه يجوز أن لا يعرف ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرف قاعدة التهما ويترك كليهما كتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما

(مسألة) (وان شهدوا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الأصل وقف الحاكم على سماع شهادتهم)

لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل فأشبهه التيمم إذا قدر على الماء فلا تصح صلاته حتى يتوضأ

(مسألة) (وان حدث منهم ما يمنع قبول شهادتهم لم يجز الحكم)

لابد من اشتراط اسم العدالة في الجميع إلى استمرار الحكم لما ذكرنا في شاهد الأصل قبل هذا فعلى هذا ان رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها لان الحكم ينبغي عايفاً شبهه ما لو فسق شهود الفرع اورجعوا **(مسألة) (فان حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان) لان الاتلاف كان بشهادتهم**

فازمهم الضمان كما لو أتلفوا بأيديهم

(مسألة) (فان رجع شهود الأصل لم يضمنوا)

لان الاتلاف كان بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالتسبب مع المباشر ولأنهم لم ياجتثوا الحاكم إلى الحكم ويحتمل أن يضمنوا لان الحكم يضاف اليهم بدليل انه تعتبر عدالتهم فلزمهم الضمان كما لو حكم بشهادتهم ثم رجعوا ولأنهم سبب في الحكم فيضمنون كالزكينة

بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الاعين وما تخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب . وذكر القاضي ان هذا في أيمان القسامة خاصة وليس بشرط

ولنا قول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمناً) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض أهل التفسير من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين

واستحلف النبي ﷺ كانه بن عبد بن يدي الطلاق فقال « آ الله ما أردت إلا واحدة » وفي حديث الحضرمي والكندي أن النبي ﷺ قال « ألك بيعة ؟ » قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي غصبتها . رواه أبو داود

وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ولان في الله كفاية فوجب أن يكفي باسمه في اليمين كالموضع الذي سلموه فأما حديث ابن عباس وعرفانه يدل على جواز الاستحلاف كذلك وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده وما ذكره الباقر فتحكم لانص فيه ولا قياس يقتضيه اذا ثبت هذا فإن اليمين في حق المسلم والكافر جميعاً بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ « من كان حالماً فليحلف بالله أو ليصمت »

(فصل) فان مات شهيد الاصل او الفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاعل قبل أداء الفروع الشهادة لم يمنع من أدائها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿ فصل ﴾ قل الشيخ رحمه الله (ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء كان المال قائماً او تالفاً)

وسواء كان قبل القبض أو بعده أما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً انه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم في قول أهل الفتيان من علماء الإصناف وحكي عن سعيد ابن المسيب والاوزاعي انها قالوا ينقض الحكم وان استوفى الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما ثبت به الحكم كالوثنين انها كانا كافرين ولنا ان حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا ببينة او اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يقتصر إلى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين انها كانا كافرين لاننا تبينا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذباني رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى لأنها تدرأ بالشبهات . وأما الرجوع على الشاهدين

(فصل) وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه سواء كان مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً امرأة أو رجلاً لقول النبي ﷺ «اليمين على المدعى عليه»

وروى شقيق عن الأشعث بن قيس قال : قل كان يمني وبين رجل من اليهود أرض فجدني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ «هل لك بيعة؟» قلت لا، قال لليهودي «احلف» قلت إذا يحلف فيذهب بي فأنزله عز وجل (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً) إلى آخر الآية رواه البخاري وأبو داود وابن ماجه . وفي حديث الحضرمي قلت انه رجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه قال ليس لك منه إلا ذلك

(مسئلة) قال (الا أنه إن كان يهودياً قبل له قل والله الذي أنزل التوراة على موسى وإن كان نصرانياً قبل له قل والله الذي أنزل الانجيل على عيسى وإن كان لهم مواضع مظلومها ويتوقرون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها)

ظاهر كلام الخري رحمه الله أن اليمين لا تغاظ إلا في حق أهل الذمة ولا تغاظ في حق المسلمين ونحو هذا قول أبو بكر ووجه تغاظها في حقهم ما روى أبو هريرة قل : قال رسول الله ﷺ يعني

به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وقول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعقوبتهما قيمته لأنه لم يوجد منهما اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما

وانما أقرا انما أخرج ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعقوبتهما ولا يرد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبهه ما لو شهدا بحرية ولائهما تسبياً إلى اتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا أنه إذا لزمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى وقوله أنهما ما أتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعقوبتهما فإن الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وإنما حالاً بين سيده وبينه وفي موضع اتلاف المال فهما تسبياً إلى تلفه فلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين .

(مسئلة) (وان رجع شهود العتق غرموا القيمة)

كالجسم في الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف لانها من جملة المال . وإن شهدا بالحرية ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدتهما بغير خلاف بينهم فيه ، فإن المخالف في التي قبها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه ويغرم ما قيمته لان العبيد من المتقومات .

لل يهود « نشدتم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ماتجدون في التوراة على من زنى؟ » رواه أبو داود وكذلك قال الحرقي تغاظ بالمكان فيحلف في الموضع التي يعظمها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان ، وقال أبو الخطاب إن رأى التغليظ في اليمين في اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك قال وقد أوما إليه أحمد في رواية الميموني وذكر التغليظ في حق المجوسي قال فيقال له قل والله الذي خلقتي ورزقني وإن كان وثنيًا حلفه بالله وحده وكذلك إن كان لا يعبد الله لأنه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبي ﷺ « من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت » ولأن هذا إن لم يكن يعتد هذه يمينًا فإنه يزداد بها أثمًا وعقوبة وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وإنما للحاكم فعله إذا رأى

ومن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشرح والحسن وأبراهيم بن كعب بن سور ومالك وأثوري وأبو عبيد

ومن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحباه وقال مالك والشافعي تغاظ ثم اختلفا فقال مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائمًا ولا يحلف قائمًا إلا على منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الأعلى مائة طع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة في بيت

﴿ مسألة ﴾ (وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرموا نصف المسمى وإن كان بعده لم يغرموا شيئاً) إذا شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى .

وهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قولييه يجب مهر المثل لأنها تلفا عليه البضع فلزمها عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر يلزمها نصف مهر المثل لأنه إنما يملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر .

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجه من ملكه بردها وإسلامها أو قتلها نفسها فأنها لا تضمن شيئاً ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من يفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً وإنما يجب نصف المسمى لأنها ألزمت للزوج بشهادتها وقراره عليه كما يرجع به على فسخ نكاحه برضاع أو غيره وقوله أنه ملك نصف البضع غير صحيح فإن البضع لا يجوز تملك نصفه ولأن العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملك المرأة إذا قبضته ونمأؤه لها وتملك طلبه إذا لم تقبضه وإنما يستط نصفه بالطلاق وأما أن يكون الحكم بالفرقة بعد الدخول فليس عليهما ضمان وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لأنهما فوتا عليه

المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر ولا تغلظ في المال الا في نصاب فصاعدا وتغلظ في الطلاق والنتاق والحد والقصاص وهذا اختيار ابي الخطاب وقال ابن جرير تغلظ في القليل والكثير واحتجوا بقول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) قيل أراد بعد العصر وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من حلف على منبري هذا يمين آئمة فليتبوأ مقعده من النار » فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين وروى مالك قال اخصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مرة ان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد يحلف ان حقه لحي وبأبي ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب

ولنا قول الله تعالى (فآخرا ان يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما) ولم يذكر مكانا ولا زمنا ولا زيادة في اللفظ . واستحلف النبي ﷺ ركاة في الطلاق فقال « آ الله ما أردت الا واحدة ؟ » قال آ الله ما أردت الا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ وسائر ما ذكرنا في التي قبلها وحلف عمر لابي حين تحاكما الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعثا وما به داء تعلمه ؟ وفي ما ذكره تقييد لمخالف هذه النصوص ومخالفة الاجماع فان ما ذكرنا عن الخليفين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في محل الشهرة فكان اجماعا وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) وانما كان في حق اهل الكتاب في الوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع منها قبول شهادة اهل

نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ماوجب به كما قبل الدخول ، وقال الشافعي يلزمها له مهر المثل لانهمما أتلغا البضع وقد سبق الكلام . مع في هذا ولا يصح اقياس على ما قبل الدخول لانهمما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وهما قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقرر اعليه شيئا . ولم يخرجوا من ملكه متقوموا فأشبهه مالوا أخرجاه من ملكه بقتلها او أخرجه هي بردتها .

❦ مسألة ❦ (وان رجع شهود انقصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف وان كان بعده وقلوا أخطأنا فعليه دية ماتلف ويقسط انعم على عددهم فان رجع أحدهم غرم بقسطه) .

وجملة ذلك أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم تخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكي عن ابي ثور أنه شذعن اهل العلم فقال يحكم بها ، لان الشهادة قد أدت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد ، لان الشهادة شرط الحكم فإذا زالت قبله لم يجوز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجوز به الحكم كما لو شهد بقتل رجل ثم علمت حياته ولانه زال ظنه في أن ما شهد به حق فلم يجوز به الحكم كما لو تغير اجتماعه وفارق ما بعد الحكم فانه تم بشرطه ولان الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتماعه (الحال الثاني) أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فان كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجوز استيفاؤه ، لان

الكتاب على المسلمين ومنها استخلاف الشاهدين ومنها استخلاف خصوصهما عند العثور على استحقاقهما الاتيم وهم لا يعلمون بها أصلاً فكيف يحتجون بها، ولما ذكر إيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيد بها والا فتجاء هذا أولى من المصير إلى ما خولف فيه اقياس وترك العمل به وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند النبر إنما فيه تغليظ اليمين على الخالف عنده ولا يلزم من هذا الاستخلاف عنده . وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهما وأقرضهم الحق أن يحتج به من قول مروان فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة؟ وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفتهم فعل النبي ﷺ وإطلاق كتاب الله تعالى وهذا ما لا يجوز وإنما ذكر الحرقى التغليظ بالمكان واللفظ في حق الذي لاستخلاف النبي ﷺ اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ولقول الله تعالى في حق الكتابيين (تحبسونهما من بعد الصلاة) ولأنه روي عن كعب ابن سور في نصراني قال اذهبوا به إلى المذبح واجملوا الانجيل في حجره والتوراة على رأسه وقال الشعبي في نصراني اذهب به إلى البيعة فاستخلفه بما يستخلف به مثله وقال ابن النذر لا أعلم حجة توجب أن يستخلف في مكان بعينه ولا يمين غير الذي يستخلف بها المسلمون وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم في أن التغليظ بالزمان والمكان والالفاظ غير واجب

الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولأن المحكوم به عقوبة لم يبق ظن استحقاقها ولا سبيل إلى خبرها فلم يجوز استيفائها كما لو رجع قبل الحكم وإن كان المحكوم به مالا استوفي ولم ينقض الحكم وقد ذكرناه وفارق المال اقصاص والحد فانه يمكن جبره بالزام الشاهد عوضه والحد واقصاص لا يجبر باليجاب مثله على الشاهدين لأن ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض وإنما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر، فإن قيل فلم قلتم إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهد استوفي في أحد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران أن شهادتهما زور وانهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا انه كان فاسقا حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجح أن تلزمهما غرامة ماشهدا به فاقترعا، (الحال الثالث) أن يرجع بعد الاستيفاء فانه لا يبطال الحكم ولا يلزم للشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين فإن كان المشهود اتلافا في مثله اقصاص كالقتل والجرح وقالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقول أو يقطع فليعلم ما القصاص وبه قال ابن أبي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وقال أصحاب الرأي لا قود عليهما لانهما لم يباشرا الاتلاف فاشبهوا حافر البئر إذا تلف به شيء .

الا ان ابن الصباغ ذكر ان في وجوب التغليظ بالمسكان قولين للشافعي وخالفه ابن العاص فقال لا خلاف بين أهل العلم في ان القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز وانما التغليظ بالمسكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختيارا واستحسانا

(فصل) قال ابن المنذر ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يفاظ اليمين بالمصحف قل أصحابه فيغلف عليه بحضور المصحف لانه يشتمل على كلام الله تعالى واسمائه وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاةهم من غير دليل ولا حجة يستند اليها ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

﴿مسئلة﴾ قال (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ويحلف الوارث على دين آيت على العلم)

يعنى البت القطع اى يحلف بالله ماله على شيء . وجملة الامر ان الايمان كلها على البت والقطع بالا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن ابي موسى رواية عن أحمد وذكر احمد حديث الشيباني عن انقاسم ابن عبد الرحمن عن النبي ﷺ « لا تضغروا الناس في ايمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون » ولانه لا يكلف مالا علم له به وقال ابن ابي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولنا أن علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا أخطأنا ليس هذا السارق فقال علي لو أعلم أنكما تعدتما لقطعتكما ولا يخالف له في الصحابة ولاهمما تسبها إلى قتله وقطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحفر فانه لا يفضي إلى القتل غالباً وقد ذكرنا هذه المسئلة في الجنايات فان قالوا عمدنا الشهادة عليه ولم نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية في أموالهما مغاظة لانه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافهما وان قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر أخطأت فعلى العامد نصف الدية مغلظة وعلى الآخر نصفها مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب وان قال كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئاً وهو لا يوجب القصاص والانسان إنما يؤاخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت وأخطأ صاحبي فعلى الاول اقصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها، وإن قالوا أخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر أخطأنا معاً فعلى الاول اقصاص وعلى الثاني نصف الدية مخففة لان كل واحد منهما يؤاخذ باقراره وان قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي فعليهما القصاص لا قرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص، لأن اقرار كل واحد منهما لو انفرد

ولما حديث ابن عباس أن النبي ﷺ استحلف رجلاً فقال له «قل والله الذي لا إله إلا هو ماله عليك حق» وروى الأشعث بن قيس أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصما إلى النبي ﷺ في أرض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده قال «هل لك بينة؟» قال لا ولكن أحلفه والله العظيم ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه قتهيا الكندي اليمين رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي ﷺ وما ذكروه لا يصح لأنه لا يمكنه الاحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا في اليمين كما افترقت الشهادة فإنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الاملاك والانساب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان ، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

إذا ثبت هذا فإنه يحاف فيما عليه على البت نفيًا كان أو اثباتًا ، وأما ما يتعلق بفعل غيره فإن كان اثباتًا مثل أن يدعي أنه اقترض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت واقطع وإن كان على نفي العلم مثل أن يدعي عليه دين أو غصب أو جناية أو فإنه يحلف على نفي العلم لا غير وإن حلف عليه على البت كنفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد إذا شهد بعدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه أن عبده جنى أو استدان فإنه ذكر ذلك فيمينه على نفي العلم لأنهم يمين على نفي فعل الغير فأشبهت يمين الوارث على نفي الموروث

لم يجب عليه قصاص وإنما يؤخذ الإنسان باقراره لا باقرار صاحبه وإن قل أحدهما عدت ولا أدري ما قصد صاحبي سئل صاحبه فإن قال مثل قوله فربي كالتي قبلها ، وإن قل عدنا معاً فعليه انقصاص وفي الاول وجهان وإن قال أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على كل واحد منهما وإن جهل حال الآخر بجنون أو موت أو لم يقدر عليه فلا قصاص على التقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم ولا تستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزم حكم اقراره وحده فإن أقر بما يوجب القصاص وجب عليه وإن أقر بما يوجب دية مغالطة وجب عليه قسطه منها وإن أقر بالخطأ وجب عليه قسطه من الدية المحققة وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية والقصاص ونحوه فيما يثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم أو الاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لأن ما بقي من البينة كف في اثبات الحكم واستيفائه وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه انقصاص إن أقر بما يوجب أو قسطه من الدية أو من المثلوث بشهادتهم إن كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف ذكرنا بعضه

(فصل) قال ابن أبي موسى اختلاف قول احمد في من باع سلعة وظهر المشتري على عيب بها وانكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين ولو ابق عند المشتري فادعى على البائع انه ابق عنده فأذكر هل يلزمه ان يحلف انه لم يأبق قط او على نفي علمه ؟ على روايتين الا ان يكون ولده فيحلف انه لم يأبق قط ، ووجه كون اليمين على علمه انها على نفي فعل الغير فأشبهه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى ، ووجه الاخرى انه اذا ادعى عليه انه باعه معيماً يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتاً

(فصل) ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له ابيح له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً وقد أمر الله تعالى بنيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه وحلف عمر لابن علي نخيل ثم وهبه له وقال خفت ان لم احلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة وقال حنبل بلي ابو عبد الله بنحو هذا جاء اليه ابن عمه فقال لي قبلك حق من ميراث ابي واطالبك بالقاضي واحلفك فقبل لابن عبد الله ما ترى ؟ قال احلف له اذا لم يكن له قبلي حق وانا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا احلف وابن عمر قد حلف وانا من انا وعزم ابو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الاولى فقال قوم الحلف اولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فائدتين (احدهما) حفظ ما له عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخلص اخيه الظالم

(فصل) وكل موضع وجب ائتمان على الشهود بالرجوع فانه يوزع بينهم على عددهم فلو اؤكثروا قل أحمد في روايه بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر فان رجع أحدهم وحده غرم بقسطه على ما ذكرنا وفيه اختلاف يذكر إنشاء الله تعالى فإذا شهد اربعة بالقتل فقتل المشهود عليه ثم رجع واحد فعليه الربع ان قال أخطأنا وان رجع اثنان فعليهما النصف

﴿مسألة﴾ (فإذا شهد ستة بالزنا على محض فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه اقتصاص أو سدس الدية وان رجع اثنان فعليهما اقتصاص أو ثلث الدية) وبهذا قال أبو عبيد وقال أبو حنيفة ان رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بدنة الزنا قائمة قدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلاثة ارباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كذهب أبي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو اسحاق لا قصاص عليه لان بدنة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟

من ظلمه واكل المال بغير حقه وهذا من نصيحته ونصرتة بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا الا فضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان تصادف قدرا فيقال حلف فعوقب ، او هذا شؤم يمينه

وروى الخلال باسناده ان حذيفة عرف جملا سرق له فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك اربعون فأبى فقال حذيفة اتراني اترك جملي؟ حلف بالله أنه لم يبايع ولا وهب ولان في اليمين عند الحاكم تبذلا ولا يامن ان يصادف قدرا فينسب إلى الكذب وانه عوقب بحلفه كاذباً وفي ذهاب ماله له اجر وليس هذا تضيقاً للمال فان أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويفرغه له في الآخرة

وأما عمر فإنه خاف الاستئذان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على انه لولا ذلك لما حلف وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) فأما الحلف بالكاذب ليقام به لمصلحة ففيه اثم كبير وقد قيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعده عليه العذاب الأليم فقال سبحانه (ان الذين يشتركون بهدي الله وأيمانهم ثمنا قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب أليم) قال الاشعث بن قيس نزلت هذه الآية كان لي بئر في أرض ابن عم لي فأتيت رسول الله ﷺ فقال « بينك أو يمينه » قلت إذا يحلف عليها فقال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخاري

على وجهين قل ابن الحداد عليه انقصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائدا بان دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دم محقون وانما أبيع دمه لولي القصاص وحده واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (أحدهما) يضمن الثلث (والثاني) لا شيء عليه

ولنا ان الائلاف حصل بشهادتهم فالراجع يقر بالشاركة فيه عمداً عدواناً كن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولانه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولانه أحد من حصل الائلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كالمورج الجميع ، وقولهم ان دمه غير محقون غير صحيح فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بمحقق ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستؤذنه ثم أقرانه قتله ظلماً وان الشهود شهود زور والتفريق بين القصاص

وروى ابن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر اتي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي ﷺ في حديث الكندي « لئن حلف على ماله لياكله ظمأ ليلتين الله وهو عنه معرض » وهو حديث حسن صحيح . وقد روي في حديث ان يمين الغموس تذر الديار بلاقع ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والاعبار

(فصل) ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال المزي . وقال ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولانه لا يستحق مطالبته به في الحال ولا يجب عليه أداؤه اليه . ولنا ان الدين في ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به

(فصل) ويمين الخالف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه وديعة أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قال ما غصبتك ولا استودعتني ولا أقرضتني كلف أن يحلف على ذلك فان قال مالك علي حق أو لا تستحق علي شيئاً ، أو لا تستحق علي ما ادعيت به ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ولا يكتف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كان جحد ذلك كان كاذباً وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب

والرجم يكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة الى من قتله ولان كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما وقال الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد

﴿ مسألة ﴾ (وان شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان ثم رجع الجميع لم يتم الدية اسداساً في أحد الوجهين وفي الاخرى على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف فان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالاحصان تحت الشهادة فان رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالاحصان ثلثاً الدية على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها)

وجملة ذلك انه اذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم وقال أبو حنيفة لا ضمان على شهود الاحصان لانهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما ثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كالْمذهبين

وانما ان قتله حصل بمجموع الشهادة فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعاً على الزنا وفي كيفية الضمان وجهان

ولو ادعى انني ابتعت منك الدار التي في يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا في جوابه فان اجاب بأنك لا تستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه ان يحلف انه ما ابتاعها لانه قد يبتاعها منه ثم يردّها عليه وان اجاب بأنك لم تبتعها مني حلف على ذلك

قل احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعني ؟ قال إذا حلف مالك عندي شيء ، ولا لك في يدي شيء فهو يأتي على ذلك ، وهذا يدل على انه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب وانه متى حلف مالك قبلي حق برىء بذلك ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النياية ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيراً او مجنوناً لم يحلف عنه ووقف الامر حتى يبلغ الصبي ويمتلح المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الاب لابنه الصغير حقاً أو ادعاه الوصي او الامين له فانكر المدعى عليه فاقول قوله مع يمينه فان نكل قضي عليه ومن لم ير القضاء بالكل ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنها ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه ، وان ادعى على العبد دعوى نظرت فان كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالتقصاص والطلاق واقتذف فالخصوصية معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا أحلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره ، وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كالاف مال أو جناية توجب المال فالختم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال (فصل) وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها او حساب استثبتته لأحلف

(احدهما) يوزع عليهم على عدد رؤوسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم (واثنائي) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهما حزبان فلكل حزب نصف فان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الاول على شاهدي الاحصان الاثنان وعلى الاخر اثنان لان على شاهدي الاحصان اثنان لشهادتهما به واثنان بشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة ارباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل ان لا يجب على شاهدي الاحصان الا النصف لان كل واحد منهما جنى جنايتين وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة فكانت الدية بينهما م على عدد رؤوسهم لا على عدد جنايتهم كما لو قتل اثنان واحد جرحه أحدهما جرحاً والاخر اثنان

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال برجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة يوزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربه وان رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته وان كان الشهود رجلاً وعشرة نسوة فرجعوا عن شهادتهم فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان كل امرأتين كرجل فالمعشر كخمسة رجال ويحتمل ان يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وبهذا قال أبو يوسف ومحمد لان الرجل نصف المينة بدليل أنه

على ما أتيقن فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل وإن لم يحلف جملًا كلاً وقيل لا يكون ذلك نكولاً ويمهل مدة قريبة وإن قل ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا في المدعى فإن كان مالا أو المقصود منه المال تضي عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعي نص عليه أحمد فقال أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى عليه والا دفع إليه حقه وبهذا قال أبو حنيفة واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعي إن ردها حلف المدعي وحكم له بما ادعاه قل وقد صرح به أحمد فقال ما هو ببعيد يحلف ويستحق وقال هو قول أهل المدينة. روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك في المال خاصة وقاله الشافعي في جميع الدعاوى لما روي عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق رواه الدارقطني ولأنه إذا نكل ظهر صدق المدعي وقوي جانبه فتشعر اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد ولأن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على ما لا يتحققه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفعاً عنها مع غلبه بصدقه في إنكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل فإذا حلف كانت يمينه دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها كفي موضع الوفاء وقال ابن أبي لبلى لا ادعه حتى يقر أو يحلف

ولما قول النبي ﷺ « ولكن اليمين على جانب المدعى عليه » فخصرها في جانب المدعى عليه وقوله « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس اليمين في جنب المدعى عليه كما جعل

نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوعه من كاهن فيكون الرجل حزياً والنساء حزباً فإن رجع بعض النسوة وحده والرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة معاً زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا

(فصل) وإذا شهد أربعة بأربعة باربعائة فحسم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن اربعائة فعلى كل واحد منهما ما رجع عنه بقسطه فعلى الاول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لأن كل واحد منهم يقر بأنه فوت على الشهود عليه وبه ما رجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن ثلاثمائة والاربعمائة أكثر من خمسين خمسين لأن المائتين اللتين رجع عنهما قد بقيت بهما شاهدان

﴿مسألة﴾ (وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم المال كله ويتخرج إن يغرم النصف)

المقصود عن أحمد رحمه الله أنه يضمن المال كله في رواية جماعة ويتخرج إن يضمن النصف وبه قول مالك والشافعي لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين

جنس البينة في جنبة المدعي وقال احمد قدم ابن عمر الى عثمان في عبد له فقال له احلف انك ما بعته وبه عيب علمته فابى ابن عمر ان يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعي ولانها بينة في المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الامام في دقيره ديناً له على انسان فطالبه به فانكره وطلب منه اليمين فانكره فانه لا خلاف ان اليمين لا ترد وقد ذكر اصحاب الشافعي في هذا انه يقضى بالنكول في احد الوجهين وفي الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقرأ ويحلف ، وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى اليه بتفريق ثلثه وانكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه فانه لم يرد اليمين على المدعي ولا ردها عثمان فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قل له الحاكم ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثاً فان حلف والا قضى عليه وعلى التول الآخر يقول له لك رد اليمين على المدعي فان ردها حلف وقضى له وان نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله فان قال لي بينة اقيمها أو حساب استثبتته لاحلف على ما أتيت به اخرت الحكومة وان قال ما اريد ان احلف سقط حقه من اليمين فلو بذلها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى ان يعود في مجلس آخر فان قيل فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعه من سماعها ههنا قلنا اليمين في حق المدعى عليه هي الاصل فمتى قدر عليها او بذلها وجب قبولها والمصير اليها كالمبدلات مع ابدالها وأما يمين المدعي فهي بدل فاذا امتنع منها لم ينتقل الحق الى غيره فاذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها ،

ولنا ان الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين بحقته ان اليمين قول الخصم وقول الخصم اس بحجة على خصمه وانما هو شرط الحكم فخرى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكره ، وان سلمنا انها حجة لم يكن انما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر قال أبو الخطاب ويتخرج ان لا يلزمه الا النصف اذا قلنا برد اليمين على المدعي

(فصل) واذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد عن ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجما وجع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك ان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرضاً للزواج مائة لانهما فوتاهما بشهادتهما الرجوع عنها ، وان شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصدق ذكره وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بهد الحكم عليه بصدقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم الزموا المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فيقسم بين الأربعة ارباعاً ، وان شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجباً عليه ما لم يكن واجباً .

وأما إذا حلف وقضى له فماد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع لأن الحكم قد تم فلا ينتقض كما لو قامت به يئنة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول نص عليه أحمد في القصاص

وتقل عنه في رجل ادعى على رجل أنه قد فقه فقال استحفوه فإن قال لا احلف أقيم عليه قال أبو بكر هذا قول قديم والمذهب أنه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في الطرف وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس ومن أحمده مثله والاول هو المذهب لأن هذا أحد نوعي القصاص فاشبهه النوع الآخر فلي هذا ما يصنع به فيه وجهاً (أحدهما) يخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجة وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر (والثاني) يحبس حتى يقر أو يحلف ، وأصل الوجبين المرأة إذا بنجكت عن اللعان

(فصل) وإذا حلف فقال إن شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين لأن الاستثناء يزيل حكم اليمين وكذلك أن وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم ، وإن حلف قبل أن يستحلفه الحاكم أعيدت عليه ولم يعتد بما حلف قبل الاستحلاف ، وكذلك أن استحلفه الحاكم قبل أن يسأله المدعي استحلافه لم يعتد بها

(فصل) ولو ادعى على رجل ديناً أو حقاً فقال قد أبرأتني منه أو استوفيته مني فالقول قول من ينكر الإبراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوماً ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وإن ادعى استيفاء أو البراءة بمجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه

﴿مسئلة﴾ (وإن بان بعد الحكم أن الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض الحكم ويرجع بالمال أو يبدله على المحكوم له ، وإن كان المحكوم به اتلفاً والضمان على الزكيين فإن لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم ، وعند لا ينتقض إذا كانا فاسقين)

وجملة ذلك أن الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بانا فاسقين أو كافرين فإن الامام ينتقض حكمه ويرد المال إن كان قائماً أو عوضه إن كان تالفاً ، فإن تعذر ذلك لا عساره أو غيره فعلى الحاكم ثم يرجع على الشهود له وعن أحمد رواية أخرى لا ينتقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال وكذلك إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ، واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضاً ولا خلاف بين الجميع أنه ينتقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين فتقيس على ذلك إذا حكم بشهادة فاسقين فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) ما هو حق لآدمي (والثاني) ما هو حق لله تعالى في حق الآدمي ينقسم قسمين (أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم فإذا لم تكن للمدعي بينة حاف المدعى عليه وبرىء وقد ثبت هذا في قصة الحضرمي والكندي الذين اختلفا في الأرض وعموم قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» (القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت بالبشاهدين كالتقصص وحد القذف والنيكاح والطلاق والرجعة والعق والنسب والاستيلاء والولاء والرق ففيه روايتان (إحدهما) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد لم اسمع من مضي جوزوا الايمان الا في الاموال والعروض خاصة وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فانه لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الايلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب لان هذه الاشياء لا يدخلها البذل وانما تعرض اليمين فيما يدخله البذل فان المدعى عليه مخير بين ان يحلف أو يسلم ولان هذه الاشياء لا تثبت بالبشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود (والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والتقصص والقذف وقل الخرق اذا قال ارجعتك فقات انتقضت مدتي قبل رجعتك فقول قولها مع يمينها، واذا اختلفت في مضي الاربعة اشهر فالقول قوله مع يمينه فيخرج من هذا انه يستحلف في كل حق لآدمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه سلم وهذا عام في كل مدعى عليه وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولانها دعوى صحيحة في حق لآدمي بخلاف ان يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال. (الضرب الثاني) حقوق الله تعالى وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها يمين ولا نعلم في هذا خلافا لانه لو قرأتم رجعا عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين

وامر بالشهاد العدول فقال سبحانه (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (من ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الاسلام ولان الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه فاذا شهد شاهدان انه كان موجوداً حال الحكم وجب نقض الحكم كالكافر والرق في العقوبات. اذا ثبت هذا فان ابا حنيفة قال لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين قبل الحكم ولا بعده ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق لكن يسأل عن الشاهدين ولا يسمع على الفسق شهادة لان الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة.

ولنا انه معنى يتعلق به الحكم فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية، وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعد. وتبرئته من اخذ ماله او عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادعى رق الشاهد ولم

فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار أولى ولانه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن اقراره ولاشهود بترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة ماعز « ياهزال لو سترته بشوبك لكان خيرا لك » فلا تشرع فيه بمين بحال . (النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الخول قد تم وكل النصاب فقال احمد القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يستحلف لانها دعوى مسموعة أشبه حق الآدمي .

ولنا أنه حق لله تعالى أشبه الحد ولان ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كإسالة ولو ادعى عليه ان غايه كفارة يمين أو نذر صدقة أو غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد الله تعالى لانه لاحق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقا انيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقا له مثل ان يدعي سرقة ماله لبيضن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعي عليه ائزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى .

يدعه لنفسه ولانه إذا لم تسمع البيعة بالفسق أدى إلى ظلم المشهود عليه فإذا لم يسمع عليه شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالما له فأما ان قامت البيعة انه حكم بشهادة والدين أو ولدن أو عاوين فان الحاكم الذي حكم بشهادتهما ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصا ولا اجماعا فان كل ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم يعتقد بطلانه .

(فصل) فان كان المحكوم به اتلانا كالقطع في السرقة والقتل ثم بان انها كافرين أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاعدين لانهما متمان على أنهما صادقان فيما شهدا به وإنما اشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكنبهما فان لم يكن ثم يكون فالضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخدأ وتجب الدية وفي محلها روايتان (احدهما) في بيت المال (والثانية) على العاقلة وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وللشافعي قولان كالروايتين فان قلنا الدية على العاقلة لم تحمل إلا اثلاث فما زاد ولا تحمل الكفارة لانها لا تحمل ذلك في محل الوفاق كذا هي هنا وتكون الكفارة في مال القاتل ، وان قلنا في بيت المال فينبغي أن يكون فيه اقليل والكثير لانه يكفر فيه خطؤه فجعل الضمان عليه يجحف به وان قل ولان جملة في بيت المال لعله انه نائب عنهم وخطأ النائب على مستتبيه وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من يتولاه ، قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك وممكنه منه والولي يدعي انه حقه فان قيل فإذا

(مسئلة) قال (واذا شهد من الاربعة اثنان ان هذا زنى بها في هذا البيت وشهد الآخر ان
انه زنى بها في البيت الآخر فالاربعة قذفة وعليهم الحد)

وجمائه ان من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الاربعة على فعل واحد فان لم يجتمعوا
لم تكمل الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد فاذا شهد اثنان انه زنى بها في هذا البيت واثنان
انه زنى بها في بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنا واحد لان الزنا في هذا البيت غير الزنا في
الآخر فلم تكمل شهادتهم ويحدون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعي في أحد قوله ، وقال
ابوبكر تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه واستبعده ابو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لانه يخالف
الاصول والاجماع والحد يدرأ بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعي وأصحاب الرأي وأبو ثور والشافعي في قول لاحد على الشهود لانهم كلوا اربعة ولا
على المشهود عليه لانهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به

ولنا انهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان انه زنى بامرأة واثنان انه زنى
بغيرها . ولانه لا يخلو من ان تكون شهادتهم بزنا واحد او باثنين فان كانت بفعل واحد مثل ان
يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فيه في الموضعين فاثان منهم كاذبان يقيناً واثنان منهم لو خلوا

كان الولي استوفى حقه فينبغي أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق الشهود كان
الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق
فوجب عليه رده أو ضمانه ان تلف وههنا لم يحصل في يده شيء وانما اتلف شيئاً بخطأ الامام
وتسليطه عليه فافترقا .

(فصل) فان كان ثم مزكون مثل أن يشهد بالزنا أربعة فيزكيهم اثنان فرجم الشهود عليه ثم
بان الشهود فسقة أو عبيداً أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم
يقيناً والضمان على الزكّين ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه
حكم بقتله من غير تحقيق شرطه ولا ضمان على الزكّين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة ، وقال
ابو الخطاب في رموس المسائل الضمان على الشهود بالزنا

ولنا ان الزكّين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله فلزمهم الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا
ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احواله الحكم على الشهود فاشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة وقولهم إن
شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب

عن المعارضة لشهادتهم لكانا قذفة فمع التعارض اولى، وإن كانت شهادتهم بنعيلين كانوا قذفة كما لو عينوا في شهادتهم انه زنى مرة اخرى، وما ذكره ييطل بالاصل الذي ذكرناه

(فصل) وكذلك كل شهادة على فعلين مثل ان يشهد اثنان انه زنى بامرأة وآخران انه زنى بأخرى أو يشهدان انه زنى بها في يوم وآخران انه زنى بها في آخر أو يشهدان انه زنى بها ليلاً وآخران انه زنى بها نهاراً أو يشهدان انه زنى بها غدوة ويشهد آخران انه زنى بها عشياً وأشباه هذا فانهم قذفة في هذه المواضع وعليهم الحد لما ذكرناه، فان شهد اثنان انه زنى بها في زاوية بيت وشهد آخران انه زنى بها في زاوية منه اخرى وكانا متباعدتين فالحكم فيه كما ذكرنا وقال ابو حنيفة تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استحساناً وهو قول ابي بكر

ولنا انهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته اليهما فاشبهما البيتين. وأما إن كانا متقاربين تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه منها كملت الشهادة لامكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعاً

(فصل) ومتى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما انه غصبه ديناراً يوم السبت ويشهد الآخر انه غصبه ديناراً يوم الجمعة أو يشهد أحدهما انه غصبه بدمشق ويشهد الآخر انه غصبه بمصر، أو يشهد

وقد نص عليه احمد وقول ابي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين فانه تبين كذبهم وانهم شهدوا بالزور فأما ان تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم لان الفريضة منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين كذبهم

(فصل) ولو جلد امام انساناً بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ما حصل بسبب الضرب

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه

ولنا انها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله

﴿مسئلة﴾ (وإن شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم إذا ثبتت عدالتهم)

لانهم أدوا الشهادة، أشبه مالهو كانوا أحياء وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿مسئلة﴾ (وإذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال

انا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه)

شهادة الزور من اكبر الكبائر وقد نهى تعالى عنه في كتابه مع نهيه عن الاوثان فقال سبحانه

(فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وروى ابو بكر رضي الله عنه أن النبي ﷺ

قال « ألا أنبئكم باكبر الكبائر؟ » قالوا بلى يا رسول الله قال « الاشرار بالله وعتوق الوالدين »

أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر أنه غصبه ثوباً فلا تكمل الشهادة لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان . وهكذا ان اختلفا في زمن القتل أو مكانه أو صفته أو في شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر فإن هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان ، فأما ان اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود ، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل والاول أصح لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه

وان اختلفا في صفة المشهود به اختلافاً يوجب تغيرهما مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في ان الشهادة لا تكمل لأنه لا يمكن إيجابها جميعاً لأنه يكون إيجاباً بالحق عايناً بشهادة واحد، ولا إيجاب أحدهما بعينه لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر ، فأما ان شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان أو الصفة ثبتاً جميعاً لأن كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق وشهادة الأخرى لا تعارضها لا مكان الجمع بينهما إلا ان يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتعارض البيئتان لعلنا ان أحدهما كاذبة ولا نعلم

وكان متكثراً فجلس فقال «ألا و قول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « شاهد الزور لا تنزل قدماء حتى تجب له النار » فتى ثبت عند الحاكم أن رجلاً شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وذل أبو حنيفة لا يعزرون ولا يشهر ولا أنه قول منكر وزور فلا يعزرون كالأشهر ، وروى عنه الشافعي أنه يشهر وإنكره المتأخرون ولنا أنه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظاهر من وجهين (أحدهما) أنا يختص بضرره (والثاني) أنه أوجب كفارة شاقة هي يشهد من التعزير ولا أنه قول عمر رضي الله عنه ولا نعلم له في الصحابة مخالفاً . إذا ثبت ذلك فإن عقوبته غير مقدرة وإنما ذلك مفوض إلى رأي الحاكم ان رأى ذلك بالجلد فعل وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وتوبيخه فعل ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين وقال ابن أبي ليلى يجلد خمسا وسبعين سوطاً . وهذا أحد قولي أبي يوسف وقال الأوزاعي في شاهدي الطلاق يجلدان مائة ويغرمان الصداق .

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله » متفق عليه

أيهما هي بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البيتين فيه فانهما جميعاً يثبتان ان ادعاهما ، وان لم يدع الا احدهما ثبت له ماداعاه دون ما لم يدعه

وان شهد اثنان انه سرق مع الزوال كيسا اسود وشهد آخران انه سرق مع الزوال كيسا ابيض او شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران انه سرقه عشياً فقال القاضي : يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلا والصحيح ان هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق البيتين بأن يسرق عند الزوال كيسين ابيض وأسود فشهد كل بيعة بأحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه او غيره فيسرقه عشياً ومع إمكان الجمع لا تعارض ، فعلى هذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الاولى ، وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه وان لم يدع المشهود له الا احد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه ، وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر او شهد احدهما في مكان وشهد آخر بسرقة في مكان آخر أو شهد احدهما بفصص كيس ابيض وشهد آخر بفصص كيس اسود فادعاهما المشهود له فله ان يخلب مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد له به شاهد ، وإن لم يدع الا احدهما ثبت له ماداعاه ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه

وقال القاسم وسالم يخفق سبع خفقات فأما شهرته بين الناس فانه يوقف في سوقه ان كان من اهل السوق أو في قبيلته ان كان من اهل القبائل أو في مسجده ان كان من اهل المساجد ويقول الموكل به ان الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه ، وهذا مذهب الشافعي وأبي الوليد بن عبد الملك بشاهد زور فأمر بقطع لسانه وعنده قاسم وسالم فقالا سبحانه الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ، ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه يجلد أربعين جلدة ويسخم وجهه ويطل حبسه رواه الامام احمد وقال سوار يابب ويدار به على حلق السجدة فيقول من رآني فلا يشهد بزور وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة أنه امر بخلق بعز رؤسهم وتسخم وجوههم ويطاف بهم في السوق والذي شهدوا له معهم .

ولنا أن هذا مثله وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة وماروي عن عمر فتد روي عنه خلافه وانه حبسه يوماً وخلي سبيله وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فما فعل الحكم بما رآه لم يخرج عن مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من هذا حتى يتحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك أو يشهد على رجل بفعل في الشام ويعلم ان المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي وأن هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها اقل من ذلك أو يشهد على رجل

(فصل) فأما الشهادة على الاقرار مثل أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو أن له في ذمته كذا ويشهد آخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بمحضر مكلت شهادتهما وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقول زفر لا تكمل شهادتهما لأن كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة فأشبه الشهادة على الفعل

ولنا أن المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فإن الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله في يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة فإن شهادتهما لا تقبل ههنا وبحق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والمادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لافي جمعهم إلى الشهود له فيمضي اليهم في أوقات متفرقة وأما كن مختلفة فيشهدهم على اقراره وإن كان الاقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الجمعة أو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعربية ، وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لأن الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه ودناير وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة ، وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لأن القذف بالعربية أو العجمية ، واقعة بالبالصرة أو الكوفة ليس من انتقضي فلا يعتبر في الشهادة ولم يؤثر والاول أصح

أنه فعل شيئاً وقد مات قبل ذلك وأشباه هذا مما يعلم به كذبه ويعلم لعدمه لذلك فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدب لأن الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يمنع أنه كذب إحدى البينتين بعينها والغلط قد يمرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه قل الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم)

(فصل) ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبين أن الحكم كان باطلا ولم نقضه لانا تبيينا كذبهما وإن كان المحكوم به مالا رد إلى صاحبه وإن كان اتلافاً فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب اتلافاً إلى أن يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما وقد مضى حكم ذلك .

(فصل) وإن تاب شاهد الزور ومضى على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

(فصل) فان شهد أحدهما انه باع أمس وشهد الآخر انه باع اليوم او شهد أحدهما انه طلقها أمس وشهد الآخر انه طلقها اليه م فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لا تكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالغصب في وقتين ووجه قول أصحابنا ان المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية (فصل) وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فإنه كالفعل الواحد فاذا شهد أحدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً لان النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل وكذلك القذف فإنه لا تكمل الشهادة إلا ان يشهد على قذف واحد (فصل) فان شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بفصبه منه كملت الشهادة وحكم بها لانه يجوز ان يكون الغصب الذي اقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على اقراره بالغصب وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لانه يجوز ان يكون ما اقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين فإنه يجوز ان يكون ما اقر به عند أحد الشاعدين غير ما اقر به عند الآخر اذا كانا في وقتين مختلفين ولانه إذا امكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالأقرارين وكما لو شهد بالمصعب اثنان

ولما انه تائب من ذنبه قبلت توبته كسائر التائبين وقوله لا يؤمن منه ذاك . قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فانه لا يؤمن معاودة ذنوبهم وشهادتهم مقبولة ﴿مسئلة﴾ (ولا تقبل الشهادة الا بالنظر الشهادة فان قل أعلم او احق لم يحكم به) وجملة ذلك أن لفظ الشهادة معتبر في أدائها فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه ولو قل أعلم أو احق أو اتيقن أو اعرف لم يعتد به لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات بدليل انها تستعمل في اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم في ذلك خلافاً.

(فصل) واذا عين العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته ذكره الخري مثل ان يشهد بمائة ثم يقول بل هي مائة وخمسون أو بل هي تسعون فإنه يقبل منه رجوعاً ويحكم بما شهد به أخيراً وهذا قال أبو حنيفة والثوري واسحاق وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الاخيرة لان كل واحدة منهما ترد ولان الاولى مرجوع عنها (والثانية) غير موثوق بها لأنها من مقر بفعله وخطئه في شهادته فلا يؤمن أن تكون في الغلط كالأولى وقال مالك يؤخذ باقل قوله لانه أدى الشهادة وهو غير متهم فلا يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

وشهد على الاقرار به اثنان وان شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أنه اقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لانهما لم يشهدا على شيء واحد وان شهد أنه أخذه من يديه الزمه الحاكم رده الى يديه لان اليد دليل الملك فتد الى يده لتكون دلائلها ثابتة له قل منها سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى دارا في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما ان هذه الدار لفلان وقال الآخر اشهد ان هذه الدار دار فلان قال شهادتهما جائزة

(فصل) ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه لان الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها اثلا يكون الشاهد يعتد ان النكاح صحيح وهو فاسد ، وان شهد بعقد سواء كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين (أحدهما) يشترط ذكرها لان الناس يختلفون في شروطه فاشترط ذكرها كالنكاح (والثانية) لا يشترط ذكر شروطه لانه لا يشترط ذكرها في الدعوى فكذلك في الشهادة به بخلاف النكاح وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من نديها أو من لبن حاب منه وعدد الرضعات لان الناس يختلفون في عدد الرضعات وفي الرضاع المحرم وان شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يعتبر به ابنها ولا بد من ذكر ان ذاك كان في الحولين وان شهد بالقتل فلا بد من وصف القتل فيقول جرحه فقتله أو ضربه بكذا فقتله ولو قال ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقتل أشهد أنه اتكأ عليه بمرقته فمات فقال له شريح فمات منه أو قتله ؟ فأعاد القول الاول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا فمات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزاني والمزني بها ويمكن الزنا

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فوجب استمرارها الى انقضائه ويفارق رجوعه بعد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه .

(باب اليمين في الدعاوى)

وهي مشروعة في حق المنكر في كل حق لآدمي وجملة ذلك أن الملتزم على ضربين (أحدهما) ما هو حق لآدمي (والثاني) ما هو حق لله تعالى وحق الآدمي ينقسم قسمين :

(أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال كالبيع والقرض والصلح والغصب والجنابة الموجبة للمال فيستحلف فيه لقول رسول الله ﷺ «لويطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه ولحديث الحضرمي والكندي

وصفته لأن اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا فاعتبر ذكر صفته
ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له أو له في وطئها شبهة وذكر المكان لئلا تكون
الشهادة منهم على فعلين ومن أصحابنا من قال لا يحتاج إلى ذكر الزني بها ولا ذكر المكان لأنه محل
للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان وإن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصاب من الحرز وذكر المسروق
منه وصفة السرقة وإن شهد بالقذف فلا بد من ذكر المذوف وصفة القذف وإن شهد بمال احتاج
إلى تحريره بمثل ما ذكرنا في الدعوى وإن ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج إلى ذكره سأل الحاكم
عنه كما سأل شريح الشاهد الذي شهد عنده أنه انكأ عليه بمرقته حتى مات، وإن حرر المدعي دعواه
أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها وقل الآخر أشهد بمثل ذلك أو قال حين حرر المدعي
دعواه أشهد بذلك أو بهذا اجزأه

(مسئلة) قال (ولو جاء أربعة متفرقون والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقيم قبل
شهادتهم وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد)

هذه المسئلة قد ذكرناها في كتاب الحدود بما أغنى عن إعادتها هنا

(مسئلة) قال (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالوا عمدنا اقتص منهما
وإن قالوا اخطأنا غرما الدية أو ارش الجرح)

وجملة الأمران الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها)

(القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يشتت إلا بشاهدين كالقصاص
وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعق والذنب والاستيلاء والولاء والرق ففيه روايتان:
(أحدهما) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد ولم أسمع من مضي جواز
الايان إلا في الأموال والعروض خاصة، وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال لا يستحلف
في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والقيشة في الإيلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء
والولاء والنسب لأن هذه الأشياء لا يدخلها البدل وإنما تعرض اليمين فيما يدخلها البدل فإن المدعى
عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم ولأن هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تعرض
فيها اليمين كالحدود.

(والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف وقال الخري إذا قال ارتفعتك فقالت
اقتضت عدتي قبل رجعتك فالتول قولها مع يمينها وإذا اختلفا في مضي الأربعة الأشهر في الإيلاء فالقول
قوله مع يمينه فيخرج في هذا أنه يستحلف في كل حق لا دمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد

ان يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال يحكم بها لان الشهادة قد ادبت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد لان الشهادة شرط الحكم فاذا زالت قبله لم يجوز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجوز الحكم بها كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ولانه زال ظنه في ان ما شهد به حق فلم يجوز له الحكم به كما لو تغير اجتهداه وفارق ما بعد الحكم فانه تم بشرطه ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهداه . (الحال الثاني) ان يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فينظران كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجوز استيفاؤه لان الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولان المحكوم به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل الى جبرها فلم يجوز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وفارق المال فانه يمكن جبره بالزام الشاهدين عوضه والحد والقصاص لا يجبر بإيجاب مثله على الشاهدين لان ذلك ليس بجبر ولا يحصل ان وجب له منه عوض وانما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر فان قيل فقد قلتم انه اذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفي في احد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران ان شهادتهما زور وانهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا أنه كان فاسقا حين ادى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجح ان تلزمهما غرامة ماشهدا به فافترقا وان كان المشهود به مالا استوفي ولم ينقض حكمه في قول

لقول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » ولان اليمين على المدعى عليه وهذا عام في كل مدعى وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولأنها دعوى صحيحة في حق آدمي فجاز أن يحلف عليه كدعوى المال وهذا أولى إن شاء الله تعالى . وقال ابو بكر عبدالعزيز تشرع اليمين في كل حق لا دمي إلا في النكاح والطلاق لان هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف كدعوى الله سبحانه وانما كان كذلك لان الابضاع مما محتاط لها فلا تسباح بالنكول لأن النكول ليس بحجة قوية لانه سكوت مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين ويحتمل أن يكون للجهل بحقيقة الحال ، ويحتمل أن يكون لعلمه بصدق المدعي ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما محتاط له ، وقال ابو الخطاب تشرع اليمين في كل حق لا دمي إلا في تسعة أشياء النكاح والرجعة والطلاق والرق والاستيلاء والنسب والقذف والقصاص لان البذل لا يدخل هذه الاشياء ثم يستحلف فيها كدعوى الله سبحانه ، وقال القاضي في الطلاق والقصاص والقذف روايتان (احدهما) لا يستحلف فيها لذلك (والثانية) يستحلف فيها لانها دعوى صحيحة يستحلف فيها كدعوى المال . وأما السنة الباقية فلا يستحلف فيها رواية واحدة لما سبق وقال الخري لا يستحلف

أهل الفتيا من علماء الامصار وحكي عن سعيد بن المسيب والاوزاعي أنهما قالوا ينقض الحكم وإن استوفى الحق لأن الحق ثبت بشهادتهما فإذا رجعا زال ما ثبت به الحكم فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين

ولنا أن حق المشهود له وجبه فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما . يحقق هذا أن حق الانسان لا يزول إلا ببينة أو اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو اقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين أنهما كانا كافرين لأننا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة المدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وإنما كذبا في رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى فإنها تدرك بالشبهات

(الحال الثالث) أن يرجعا بعد الاستيفاء فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ورجوع به على الشاهدين ثم ينظر فإن كان المشهود به اتلافا في مثله القصاص كالقتل والجرح نظرنا في رجوعهما فإن قالوا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقول أو يقطع فعليهما القصاص وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد

وقال أصحاب الرأي لا قود عليها لأنهما لم يباشرا الاتلاف فأشبهها حافر البئر وناصب السكين إذا تلف بهما شيء

في القصاص ولا المرأة إذا أنكرت النكاح وتحلف إذا ادعت انقضاء عدتها لما سبق وإذا أقام العبد شاهداً بمتقه حلف مع شاهده وعق وهو إحدى الروايتين عن أحمد وقد ذكرنا ذلك
 ﴿مسئلة﴾ (ولا يستحلف في حقوق الله سبحانه) وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها يمين لا نعلم في هذا خلافاً لأنه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار أولى ولأنه يستحب ستره وانعريض المقربة بالرجوع عن اقراره وللشهود ترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزل في قصة ماعز «يا هزال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك» فلا تشرع فيه يمين بحال

(النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وإن الحول قد تم وكل النصاب فقال أحمد القول قول رب المال بغير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقول الشافعي وأبو يوسف يستحلف لأنها دعوى مسموعة يتعلق بها حق آدمي أشبه حق الآدمي ، ووجه الاول أنه حق لله تعالى أشبه الحد ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر أو صدقة أو غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى ولأنه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه

ولنا ان علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقامه ثم عادا فقالا اخطأنا ليس هذا هو السارق فقال علي لو علمت انكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له في الصحابة فيكون اجماعا ولائهما تسببا إلى قتله أو قطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحفر ونصب السكين فانه لا يفضي إلى القتل غالباً

وقد ذكرنا هذه المسئلة في القصاص فأما إن قالوا عمدنا الشهادة عليه ولا ندل انه يقتل بهذا وكذا ممن يجوز أن يجوز أن لا ذلك وجبت الدية في أموالها مغاظة لانه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافها والعاقلة لا تحمل اعترافا ، وإن قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر اخطأت فعلى العائد نصف دية مغلظة وعلى الآخر نصف دية مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب لانه قتل عمد وخطأ وإن قال كل واحد منهما عمدت واخطأ صاحبي احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه واحتمل وجوب الدية لان كل واحد منهما انما اعترف بعمد شارك فيه مخطئاً وهذا لا يوجب القصاص والانسان انما يؤخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت واخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها

وإن قالوا جميعاً اخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالها لان العاقلة لا تحمل الاعتراف ، وإن قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر اخطأنا معاً فعلى الاول القصاص وعلى الثاني نصف دية مخففة لان كل

كما لو ادعى حقاً لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فإن تضمنت دعواه حقاً له مثل ان يدعي سرقة ماله لتضمنين السارق أو يأخذ منه ما سرق أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ويجوز الحكم في المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعي)

روي ذلك عن الخلفاء الاربعة رضي الله عنهم ، وقد سبق ذكر ذلك ولا تقبل فيه شهادة امرأتين ويمين لان شهادة النساء ناقصة وانما اجيزت بانضمام الذكر اليهن فلا يقبلان منفردات وان كثرن ويحتمل ان يقبل لان الرأتين في المال مقام رجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل وهو مذهب مالك ويبطل ذلك بشهادة اربع نسوة فانه لا يقبل اجماعاً

﴿مسئلة﴾ (وهل يثبت التيق بشاهد ويمين ؟ على روايتين)

(احدهما) يثبت وهو اختيار الخري وأبي بكر لانه ازالة ملك فيقبل فيه شاهد ويمين كالبيع أو اتلاف مال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل

(والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبه الحدود والقصاص

منها يؤخذ بحكم اقراره ، وإن قال كل واحد منها عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي ؟ فعليهما القصاص لا قرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لا يجب عليهما قصاص لأن اقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وإنما يؤخذ الإنسان باقراره لا باقرار صاحبه ، وإن قال أحدهما عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي سئل صاحبه فإذا قال عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي فهي كالتي قبلها وإن قال عمدنا فعليه القصاص وفي الاول وجبان ، وإن قال اخطأت او اخطأنا فلا قصاص على واحد منهما ، وإن جهل حل الآخر بان يجن أو يموت أو لا يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المملوطة

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحالم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم وفي أنه لا يستوفي العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما ، وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لم يمتدحكم اقراره وحده فان اقر بما يوجب القصاص وجب عليه ، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ وجب عليه نصيبه من الدية المحففة وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المائية أو القصاص ونحوه فثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فزج الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لأن ما بقي من البيضة كاف في اثبات الحكم واستيفائه ، وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه قصاص إن أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف سندكره إن شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ (ولا يقبل في النكاح والرجعة وسائر ما لا يستحلف فيه كالطلاق والوصية شاهد ويمين) لقول الله تعالى في الرجعة (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقسنا عليه سائر ما ذكرنا لأنه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات وفيه رواية أخرى يقبل فيه رجل وامرأتان أو يمين لأنه ليس بعقوبة ولا يسقط بالشبهة أشبه المال وقال القاضي النكاح لا يثبت الا شاهدين والثاني يخرج فيه روايتان ذكرنا وجههما

﴿ مسألة ﴾ (ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه في الإثبات حلف على البت) معنى البت القطع أي يحلف بالله ما له على شيء والایمان كلها على البت والقطع الا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي وقول الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد وذكر حديث البستاني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ « لا تضطروا الناس في إيمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون » ولأنه لا يحلف على ما لا علم له به وقال ابن أبي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولما حديث ابن عباس ان النبي ﷺ استحلف رجلا فقال « قل والله الذي لا اله الا هو ماله عليك حق » وروى الأشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من ضرموت اختصما الى رسول الله ﷺ في ارض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها ابو هذا وهي في يده

«مسئلة» قال (وان كانت شهادتهما بمال غيره ولم يرجع به على المحكوم له به سواء كان المال قائماً أو تالفاً)

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والأوزاعي وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعقود فيضمننا قيمته لانه لم يوجد منهما اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمننا كما لو ردت شهادتهما

ولنا انهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعقود ولا نعلم من أزال يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فاشبه ماله شهدا بحريته ولا نعلم تسبباً إلى اتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص بحقق هذا انه اذا أزمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى. وقولهم انهما ما أتلفا المال يبطل بما اذا شهدا بعقود فان الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وانما حالاً بين سيده وبينه وفي موضع إتلاف المال فهما تسبباً إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين

قال «هل لك بينة؟» قل لا ولكن أحلفه: والله ما يعلم انها ارضي اغتصبنيها ابوه فتبها الكندي لليمين رواه أبو داود ولم يذكر ذلك النبي ﷺ وما ذكره لا يصح لانه يمكنه الاحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا في اليمين كما لو افترت الشهادة فأنها تكون بالقطع فيما يمكن القناع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه اقطع من الاملاك والاسباب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الاحاطة بانتهائه كالشهادة على انه لا وارث له الا فلان وفلان وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

اذا ثبت هذا فانه يحلف فيما عليه على البت نفياً كان أو اثباتاً، وأما ما يتعلق بفعل غيره فان كان اثباتاً مثل ان يدعي انه اقترض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فانه يحلف مع شاهده على البت والقطع، وان كان على نفي مثل ان يدعي عليه دين أو غصب أو جنابة فانه يحلف على نفي العلم لا غير، وان حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد اذا شهد بعدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ولو ادعى ان عبده استدان او جنى فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لانها يمين على فعل الغير فاشبهت يمين الوارث على نفي فعل الموروث (فصل) ذكر ابن أبي موسى انه اختلف قوله فيمن باع ساعة فظهر المشتري على عيب بها فأنكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه؟ على روايتين ولو ابقى عبد المشتري فادعى على البائع أنه ابقى عنده فأنكر هل يلزمه أن يحلف انه لم يأت بقط أو على نفي علمه؟ على روايتين الا أن يكون ولده

(مسئلة) قال (وان كان المحكوم به عبداً أو أمة غرماً قيمته)

أما إذا شهدا بالعبد أو الامة لغير مالكة فالحكم في ذلك كالحكم في الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه لأنها من جملة المال وإن شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم فيه فإن الخفاف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه فإن اخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحريته كإخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكة فإذا لزمه الضمان ثم لزمه ههنا وغرماً القيمة لأن العبيد من المتقومات لآمن ذوات الامثال

(فصل) وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فلأوجب عليهما نصف المسمى وبهذا قال ابو حنيفة

وقال الشافعي في أحد قوليه يجب مهر المثل لأنهما أتلغا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر لزمهما نصف مهر المثل لأنه إنما ملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ملو أخرجه من ملكه بردها أو إسلامها أو قتلها نفسها فإنها لا تضمن شيئاً، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرماً شيئاً وإنما وجب عليهما نصف المسمى لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره.

فيلزمه أن يحلف أنه لم يأت قط، ووجه كون اليمين على نفي علمه أنها على نفي فعل الغير فاشبه ما لو ادعى عليه أن عبده جنى، ووجه الاخرى أنه ادعى عليه أنه باعه مبيعاً يستحق رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتاً

(مسئلة) (ومن توجهت عليه يمين الجماعة فقال احلف يميناً واحدة فرضوا جاز وان ابوا حلف لكل واحد يميناً)

إذا كان الحق لجماعة فرضوا يمين واحدة صح وسقطت دعواهم باليمين، لأنها حقهم ولأنه لما جاز ثبوت الحق بيمين واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة قل القاضي: ويحتمل أن لا يصح حتى يحلف لكل واحد يميناً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن اليمين حجة في حق الواحد فإذا رضي بها اثنان عارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة لا يعمل برضى الخصم كما للورضي أن يحكم عليه بشاهد واحد والصحيح الأول لأن الحق لهما فإذا رضيا به جاز ولا يلزم من رضاهما يمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين كما أن الحقوق إذا قامت بها يمين واحدة لا تكون لكل حق بعض اليمين فاما أن حلفه الحاكم لجميعهم يميناً واحدة فخطأ أهل عصره^(١)

(١) كذا بالأصل

(فصل) قال (الشيخ رحمه الله واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى اسمه في قول عامة

وقوله انه ملك نصف البضع غير صحيح فان البضع لا يجوز تملك نصفه ولان العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة اذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه اذا لم تقبضه وانما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلان ضمان عليهما وبه قال ابو حنيفة وعن احمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لانهما فوتتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ماوجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول

وقال الشافعي يلزمهاله المثل لانهما أتلفا البضع عليه وقد سبق الكلام معه في هذا ولا يصح انقياس على ما قبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كاله بالدخول فلم يتررا عليه شيئا ولم يخرجوا من ملكه متقوما فأشبهه مالو أخرجاه من ملكه بقتلها او أخرجه هي بردها

(فصل) وان شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحكم ثم رجعا نظرت فان طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يغرم شيئا لانهما لم يفوتا عليها شيئا وان دخل بها وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل او اكثر منه ووصل اليها فلا شيء عليهما لانها اخذت عوض ما فوتاه عليهما وان كان دونه فعليهما ما بينهما وان لم يصل اليهما فعليهما ضمان مهر مثابا لانه عوض ما فوتاه عليهما

(فصل) وان شهدا بكتابة عبده ثم رجعا نظرت فان عجز ورد في الرق فلا شيء عليهما فان ادى وعتق فعليهما ضمان جميعه لانهما فوتاه عليه بشهادتهما ويحتمل ان يلزمهما ما بين قيمته وما

أهل العلم الا ان مالكا أحب بالله الذي لا اله الا هو وان استحلف حاكم بالله أجزا

قال ابن المنذر وهذا أحب إلي لان ابن عباس روى ان رسول الله ﷺ استحلف رجلا فقال « قل والله الذي لا اله الا هو ماله عندك شيء » راوه أبو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قال والله الذي لا اله الا هو ان المنخل لتخلي ومالابي فيها شيء وقال الشافعي ان كان المدعى قصاصا أو عتقا أو حدا أو مالا يبلغ نصابا غلظت اليمين فحلف بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الاعين وما تخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب وذكر القاضي ان هذا في ايمان القسامة خاصة وليس بشرط

وانا قول الله تعالى (فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمنا لو كان ذا قربي) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) وقال سبحانه (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض الفسرين من أقسم بالله فقد أقسم بالله جهد اليمين واستحلف النبي ﷺ ركانة بن عبد يزيد في الطلاق فقال « الله ما أردت الا واحدة » وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بمته ومابه داء تعلمه ولان فيه كفاية فوجب ان يكتب في اليمين كالمواضع التي سلوها فأما حديث ابن عباس وابن عمر فانه يدل على جواز الاستحلاف لذلك وما ذكرناه يدل على

قبضه من كتابته والاول اولى لان ما قبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه وان اراد تغريمها بشهادتهما ويحتمل أن يلزمهما قبل انكشاف الحل فينبغي ان يغرمهما ما بين قيمته سليما ومكانا وان شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا فينبغي أن يرجع عليهما بما نتصتها الشهادة من قيمتها وان عتقت بموته رجع الورثة بما بقي من قيمتها

(فصل) وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع وجب ان يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قال احمد في رواية اسحاق بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعا وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ايس بزائد فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال عمدنا قتله فعليه القصاص وإن قل أخطأنا فعليه ربع الدية وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو نصف الدية وإن شهد ستة بالزنا على محض فرجع بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية وبهذا قال أبو عبيد، وقال أبو حنيفة إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بيئته الزنا قائمة قدمه غير محقون وإن رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وإن رجع أربعة فعليهم نصف الدية وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كذهب ابي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال

الاكتفاء ببسم الله وحده وما ذكره "الباقون تحكم لانص فيه ولا قياس يقتضيه إذا ثبت هذا فان اليمين في حق المسلم والكافر جميعا بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت

﴿مسئلة﴾ (وان رأى الحاكم تغايطها بلفظ أوزمن أو مكان جاز)

ففي اللفظ يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذي يلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور واليهودي والله الذي انزل التوراة على موسى وفاق له البحر وانجاء من فرعون وملائه والنصراني يقول والله الذي انزل الانجيل على عيسى وجعله يحيى الموتى ويبرئ الاكمه والابرص والمجوسي يقول والله الذي خلقتني وصورني ورزقني، والزمان يحلغه بعد العصر وبين الاذنين والناس كان يحلغه بمكة بين الركن والمقام وفي الصخرة بيت المقدس وفي سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة في المواضع التي يعظمونها وهذا الذي ذكره شيخنا اختيار أبي الخطاب قال وقد أوما اليه أحمد في رواية اليموني وذكر التغايط في حق المجوسي قال قل والله الذي خلقتني ورزقني وإن كان وثنيًا حلفه بالله وحده وكذلك ان كان لا يعبد الله لانه لا يجوز الحلف بغير الله تعالى لقول رسول الله ﷺ «من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» ولان

أبو اسحاق لا قصاص عليه لأن بيضة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين وقال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائداً فإن دم الشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وإنما أبيع دمه لولي القصاص وحده ، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (أحدهما) يضمن الثلث (والثاني) لا شيء عليه

ولنا أن الائلاف حصل بشهادتهم فلراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبهه الثاني من شهود القصاص والراجع من شهود الزنا ولأنه أحد من حصل الائلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ولأن ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة ، وقولهم إن دمه غير محقون غير صحيح فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بمحقق ولا عده وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظاهراً وأن الشهود شهدوا بالزور ، والتفريق بين القصاص والرجم بكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ولأن كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما وقتل الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة توزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه ، وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته ، وإن كان الشهود رجلاً وعشر نسوة فرجعوا فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأن كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وهذا قول أبو يوسف ومحمد لأن الرجل نصف البيعة بدليل أنه لو رجع وحده

هذا ان لم يكن يعد هذه يميناً فانما يزداد بها اثماً وعقوبة وربما عجلت عقوبته فيتعطى بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وإنما للحاكم فعله إذا رأى ، وظاهر كلام الحرقي أن اليمين لا تغلظ الا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلم وبه قال أبو بكر وذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يعني «للميود نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى؟» رواه أبو داود وكذلك قال الحرقي تغلظ في المكان فيحلف في المواضع التي يعظمونها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان ، ومن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وإبراهيم وكعب بن سور ومالك وأبو عبيد ومن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحباؤه وقال مالك والشافعي تغلظ ثم اختلفا فقل مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائماً ولا

قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً، فإن رجع بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا (فصل) وإذا شهد أربعة بأربعة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربع مائة فعلى كل واحد ما رجع عنه بقسطه فعلى الأول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لأن كل واحد منهم مقر بأنه فوت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعة مائة أكثر من خمسين وخمسين لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة لأن المائتين التي رجعا عنها قد بقي بها شاهدان

(فصل) وإذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم، وقال أبو حنيفة لا ضمان على شهود الاحصان لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وإنما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولا أصحاب الشافعي وجهاً كاللذهبيين ولنا أن قتله حصل بمجموع الشهادات فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعهم بالزنا وفي كيفية الضمان وجهاً

(أحدهما) يوزع عليهم على عدد رؤسهم كشهود الزنا لأن القتل حصل من جميعهم (والثاني) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لأنهم حزبان فلكل حزب نصف، فإن شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الوجه الأول على شاهدي الاحصان الثلثان وعلى الآخرين الثلث لأن على شاهدي الاحصان الثلث لشهادتهما به والثلث لشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة أرباع الدية لأن عليها النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل أن لا يجب على شاهدي الاحصان إلا النصف لأن كل واحد

يحلف قائماً الأعلى منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الأعلى ما يقطع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة ببیت المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر على نحو ما ذكرناه في صدر المسئلة ولا تغلظ في المال إلا في نصاب فصاعداً وتغلظ في الطلاق والعناق والحد والقصاص وقال ابن حزم تغلظ بالقليل والكثير واحتجوا بقول النبي ﷺ « من حلف على منبري هذا بيمين آتمة فليتبوأ مقعده من النار » فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين، وروى مالك قول اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا

منهما جني جنايتين وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة فكانت الدية بينهم على عدد دروسهم
لاعلى عدد جناياتهم كما لو قتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحاً والآخر جرحين

(فصل) وإذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد على ضمان مائة ذرهم وقيمة العبد مائتان فحكم
الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجوع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك لو شهدا على رجل
انه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرماً للزوج مائة لانهما فوتاهما
بشهادتهما المرجوع عنها

(فصل) وإذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصدّاق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها
ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصدّاقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم أزموه المسمى ويحتمل أن يكون
عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه قسم بين الاربعة أرباعاً
وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجبا عليه
مالم يكن عليه واجباً

(فصل) وإن شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع شاهدا الفرع
فعليهما الضمان لأعلم بينهم في ذلك خلافاً، وإن رجع شاهدا الأصل وحدهما لزمهما الضمان أيضاً وبه
قل الشافعي ومحمد بن الحسن

وحكى أبو الخطاب عن إقاضي انه لا ضمان عليهما وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان الحكم يتعلق
بشهادة شاهدي الفرع بدليل انهما جعلاً شهادة شاهدي الأصل شهادة فلم يلزم شاهدي الأصل ضمان لعدم

والله الا عند منقطع الحتموق قل فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبى ان يحلف عند المنبر
فجعل مروان يعجب .

ولنا قول الله تعالى (فأخراهم يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الاوليان فيقسمان بالله
لشهادتنا أحق من شهادتهما) ولم يذكر مكاناً ولا زماناً ولا زيادة في اللفظ ، واستحلف النبي ﷺ
ركانة في الطلاق فقال « آله ما أردت إلا واحدة ؟ » قال آله ما أردت إلا واحدة ولم يغلظ يمينه بزم
ولا مكان ولا زيادة لفظ ، وحلف عمر لابن حنبل حين تحاكم الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال
عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه وفيما ذكره من التغليظ تقييد لهذه النصوص
ومخالفة للاجماع فان ما ذكر عن الخليفةين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في الشهرة فكان
إجماعاً وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) إنما كان في حق أهل الكتاب والوصية في السفر وهي
قضية خولف فيها القياس في مواضع، منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ، ومنها استحلاف
الشاهدين ، ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الائم وهم لا يعلمون بها أصلاً فكيف

تفاق الحكم بشهادتهما . ولنا أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الأصل بدليل اعتبار عدالتهما فاذا رجعا
ضمنا كشاهدي الفرع

(فصل) وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم جميع المال نص عليه أحمد في رواية
جماعة ، وقال مالك والشافعي : يلزمه النصف لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف
كما لو كانا شاهدين

ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين . يحققه أن اليمين قول الخصم وقول
الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم فخرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم وبهذا ينفصل
عما ذكرناه من أنها حجة لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجوز تقديمها على شهادته
بخلاف شهادة الشاهد الآخر ، قل أبو الخطاب ويخرج أن لا يلزمه إلا النصف المأخوذ به إذا
قلنا ترد اليمين على المدعي

(فصل) وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقولوا عمدنا ووجب ليمين اقتصاص لم يعزروا لأن
القصاص يغني عن تعزيرهم ، وإن كان في مال عزروا وغرموا لأنهم جنوا جناية كبيرة وارتكبوا
جريمة عظيمة وهي شهادة الزور ويحتمل أن لا يعزروا لأن رجوعهم توبة منهم فيقطع عنهم التعزير
ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع ، خوفاً منه فلا يشرع ، وإن قلوا اعتدنا لم يعزروا لأن الله تعالى
قال (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق
في الخطأ وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم

يحتجون بها ؟ ولما ذكر إيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدوها بالاحتجاج بهذا أولى من النصير
إلى ما خولف فيه اقياس وترك العدل به . وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند
المنبر إنما فيه دليل على تغليظ الائم على الحالف . وأما قضية مروان فن العجب احتجاجهم بها وذهابهم
إلى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقارئهم وأقرضهم أحق أن يحتج
به من قول مروان الذي لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز مع مخالفة إجماع الصحابة وقول
أئمتهم وفقهائهم ومخالفة فعل النبي ﷺ وإطلاق كتاب الله سبحانه وتعالى ؟ فهذا مما لا يجوز إنما
ذكر الخرق في التغليظ بالمكان واللفظ في حق الأدي لاستحلاف النبي ﷺ اليهود بقوله « نشدكم
بالله الذي أنزل التوراة على موسى » وروى عن كعب بن سور في انصراني قل : اذهبوا به إلى المذبح
واجعلوا الانجيل في حجره والتوراة على رأسه ، وقال الشعبي في نصراني : اذهب إلى البيعة فاستحلفه
بما يستحلف به مثله .

وقل ابن المنذر لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا يميناً يستحلف بها غير التي
يستحلف بها المسلمون ، وفي الجملة لا خلاف بين المسلمين في أن التغليظ بالمكان والزمان والالفاظ غير

(مسألة) قال (وإذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهما كافران أو فاسقان كانت دية اليد في بيت المال)

وجملته أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين لأنهما مقيان على أنها صادقان فيما شهدا به وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكذبهما وبحب الضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لأنه مخدوع وتجب الدية وفي محلها روايتان

(أحدهما) في بيت المال لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم وخطأ الوكيل في حق موكله عليه ولأن خطأ الحاكم يكسر لكثرة تصرفاته وحكماته فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه على عاقبته إجماع بهم وقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل

(والرواية الثانية) هي على عاقبته مخففة مؤجلة لما روي أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء فإرسل إليها فاجهضت ذابطنها فبلغ ذلك عمر فشاوَرَ الصحابة فقال بعضهم لاشيء عليك إنما أنت مؤدب وقال علي عليك الدية فقال عمر عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك يعني قريشا لأنهم عاقبة عمر وأو كانت في بيت المال لم يقرمها على قومها ولا لأنه من خطائه فتحملة عاقبته كخطائه في غير الحكومة والمشافعي قولان كالروايتين فإذا قلنا أن الدية على عاقبته لم تحمل إلا الثلث فصاعدا ولا تحمل الكفارة لأن العاقلة لا تحمل الكفارة في مثل الوفاق كذا ههنا وتكون الكفارة في ماله وإذا قلنا أنه في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير لأن جعله في بيت المال لعله نائب عنهم وخطأ النائب على مستنابا وهذا يدل

واجب ألا أن الصباغ ذكر في وجوب التغليظ بالمكان قوانين للشافعي وخالفه ابن القاص قال لا خلاف بين أهل العلم أن القاضى حيث استخلف المدعى عليه في عمله وبإدائه قضائه جاز وإنما التغليظ بالمسكن اختيار منه فيكون التغليظ عند من رأى اختياراً واستحباً .

(فصل) قال ابن المنذر ولم أجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلف اليمين بالمصحف قال أصحابه فيغلف عليه بحضور المصحف لأنه يشتمل على كلام الله وأسمائه وهذه زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وعلى ما فعله الخلفاء وقضاة من غير دليل ولا حجة يستند إليها ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وفعل أصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

(مسألة) (ولا تغلف اليمين إلا فيما له خلع كالحجبات والعقاق وما يجب فيه الزكاة من المال عند من يرى التغليظ)

يكثُر خطؤه فجعل الضمان في ماله يحجف به وان قل لسكثرة تكرره وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك وممكنه منه والولي يدعي أنه حقه ، فان قيل فاذا كان الولي استوفى حقه فينبغي ان يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا وهنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن أتلف وههنا لم يحصل في يده شيء وانما أتلف شيئاً بخطأ الامام وتسليطه عليه فأقربا

(فصل) وان شهد بالزنا أربعة فزكاهم اثنان فرجم للشهود عليه ثم بان ان الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم بيمينه والضمان على الزكينة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على الزكينة لان شهادتهما شرط وليست الموجبة وقال أبو الخطاب في رد وس المسائل الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا ولنا ان الزكينة شهدوا بالزور شهادة أفضت الى قتله فلزمهما الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الضمان على الشهود فاشبه ما اذا رجعوا عن الشهادة وقوله ان شهادتهم شرط لا يصح لان من أصابا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب وقد نص عليه أحمد وقول أبي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف الزكينة فانه تبين كذبهم وأنهم شهدوا بالزور ، وأما ان تبين فسق الزكينة فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فسق من غير تزكية ولا بحث فيلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم

(فصل) ولو جلد الامام إنسانا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ما حصل من أثر الضرب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه

وقيل ما يقطع فيه السارق روي ذلك عن مالك لان انتعايط زيادة على اليمين التي ورد الشرع بوجوبها فلا تجب الا بزيادة على مطلق الحق وترك التغليظ أولى على ما اختاره شيخنا ودل عليه الا في موضع ورد الشرع به وصح كتحليف رسول الله ﷺ اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ونحوه

﴿مسئلة﴾ (وان رأى الحاكم ترك التغليظ فتركه كان مصيبا)

لموافقة مطابق النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «ولكن اليمين على المدعى عليه»

(فصل) ومن توجهت عليه يمين وهو فيها صادق أو توجهت له أبيع له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما وقد أمر الله سبحانه نبيه عليه الصلاة والسلام أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه منها قوله تعالى (زعم الذين كفروا أن ان

ولنا أنها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كالمالو قطعه أو قتله
(فصل) ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنها فاسقان أو كافران فان الامام ينتقض حكمه ويرد المال ان كان قائماً وعوضه ان كان تالفاً فان تعذر ذلك لاعساره أو غيره فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على المشهود له، وعن أحمد رواية أخرى لا ينتقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان فان الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان لا يغرم الشهود المال وكذلك الحاكم إذا شهد واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضاً ولا خلاف بين الجميع في أنه ينتقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين فقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين فان شهادة الناسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فبينوا) وأمر بالشهاد العدول وقال (واشهدوا ذوي عدل منكم) واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى (ممن ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الاسلام ولان الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكمز والرق في العقوبات إذا ثبت هذا فان أبا حنيفة قال لا يسوغ الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده ، ومتى جرح المشهود عليه البيعة لم تسمع بيئته بالفسق ولكن يسأل عن الشاهدين ولا تسمع على الفسق شهادة لان الفسق لا يتعاق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبيعة

ولنا أنه معنى يتعلق بالحكم به فسمعت فيه الدعوى والبيعة كالتزكية وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبيعة كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدعه لنفسه ولانه اذا لم تسمع البيعة الفسق ادى الى ظلم المشهود عليه لانه يمكن ان لا يعرف فسق الشاهدين

يبعثوا قل بلى وربى لتبعثن) « وحلف عمر لابي على نخل ثم وهبه إياه وقال خفت ان لم احلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فيصير سنة قال حنبل بلى أبو عبد الله بمثل هذا جاء إليه ابن عمه فقال لي قبلك حق من ميراث أبي وأطالبك بالقاضي وأحلفك فقيل لابي عبد الله ماترى؟ قال أحلف له، اذا لم يكن له في قبلي حق وأنا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف؟ وأنا من أنا؟ وعزم ابو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الاولى فقال قوم الحلف أولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فئدتين (احداها) حفظ ماله عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخليص أخيه الظالم من مظلمته وأكل المال بغير حقه وهذا من نصحه ونصرت به بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان يحلف ويأخذ حقه وقال أصعبنا الافضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان يصادف قدراً فيقال حلف وعوقب ، أو هذا شؤم يمينه. وروى الخلال بإسناده ان حذيفة عرف رجلاً سرق

الا شهود المشهود عليه فاذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً له ، فاما ان قامت البيئته أنه حكم بشهادة والدين أو ولددين أو عدوين نظري الحاكم الذي حكم بشهادتهما إن كان ممن يرى الحاكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخلف نصاً ولا اجماعاً ، وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم به يعتقد بطلان الفرق بين المال والاتلاف ان المال إن كان باقياً وجب رده إلى صاحبه لان كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه على آخذه لانه أخذه بغير اذن صاحبه ولا استعانة ق لاخذه ، أما الاتلاف فإنه لم يحصل به في يد الملتف شيء برده ولم يمكن تضمينه لانه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسايطه عليه وهو لا يقر بعدوانه بل يقول استوفيت حقي ولم يثبت خلاف دعواه ولم يمكن تضمين الشهود لانهم يقولون شهدنا بما علمنا وأخبرنا بما رأينا وسعدنا ولم نكنتم شهادة الله تعالى التي لزمنا دأوها ولم يثبت كذبهم فوجب احالة الضمان على الحاكم لانه حكم من غير وجود شرط الحكم ويمكن من اتلاف المصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان التفريط منه فوجب احالة الضمان عليه .

(مسألة) قال (واذا ادعى العبد ان سيده اعنته حلف مع شاهده وصار حراً)

روي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) ان العتق ثبت بشاهد ويمين وهو اختيار أبي بكر لانه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ولانه اتلاف للمال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل وإفضاؤه إلى تكميل الاحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين بدليل ان الولادة تثبت بشهادة النساء وينبغي عليها النسب الذي لا يثبت بشهادتهن (والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانها ليست بمال ولا المقصود منها المال ويطلع عليها الرجال في غالب الاحوال فأشبهت الحدود والقصاص والله أعلم

له فخاصم الى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك أربعون فأبى فقال حذيفة أتراني أترك جلي ؟ خلف بالله انه ما باع ولا وهب ، ولان في اليمين عند الحاكم تبذلاً ولا يأمن أن يصادف قدراً فينسب الى الكذب وانه عوقب بملغنه كاذباً وفي ذهاب ماله أجره ليس هذا تضديعاً للمال فان أخاه المسلم يمتنع به في الدنيا ويعمره له في الآخرة ، وأما عمر فانه خاف الاستئنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف قال شيخنا وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) والحلف الكذب ليقطع به مال أخيه فيه اثم كبير وقيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعد عليه العذاب الاليم فقال سبحانه (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم انقيامة ولا يزكهم ولهم عذاب اليم) وروى ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبره يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه وقد روي في حديث أن يمين النهموس تدع الدبار بلاقع .

«مسئلة» قال (ومن شهد بشهادة زور أدب وأقيم للناس في المواضع التي يشتهر انه شاهد زور اذا تحقق تعدده لذلك)

وجملة ذلك ان شهادة الزور من أكبر الكبائر قد نهي الله عنها في كتابه مع نهيه عن الاوثان فقال تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وقد روي عن خريم بن فاتك ان النبي ﷺ قال «عدت شهادة الزور الاشرار بالله» ثلاث مرات، ثم قل قوله تعالى (اجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) «رواه أبو داود، وروي هذا عن ابن مسعود من قوله وروي عن النبي ﷺ انه قال «ألا أنبئكم بأ أكبر الكبائر؟ قلنا بلى يا رسول الله، قال «الاشرار بالله وعقوق الوالدين» وكان متكئاً فجلس فقال «ألا وقول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه. وروي أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال «شاهد الزور لا تزول قدماء حتى تجب له النار» فتي ثبت عند الحاكم عن رجل انه شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وعبد الملك بن يعلى قاضي البصرة وقال أبو حنيفة لا يعزر ولا يشهر لانه قول منكرو وزور فلا يميز به كالظهار وروي عنه الطحاوي انه يشهر وأنكره المتأخرون.

ولما انه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالكاذب واللعنف ويخالف الظهار من وجهين (أحدهما) انه يخص بضرره (والثاني) انه أوجب كدارة شاقة هي أشد من التعزير ولانه قول عمر رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً. واذا ثبت هذا فن تأديبه غير مقدور

(فصل) ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له ان يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال الزني وقال ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وان كانوا ذوعسرة فظرة إلى ميسرة) ولأنه لا يستحق مطالبته في الحال ولا يجب عليه ادائه اليه. ولما أن الدين في ذمة، وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجز انظاره به

(فصل) ويمين الخالف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قل ما غصبتك ولا استودعتني ولا أقرضتني كلف ان يحلف على ذلك، وإن قال مالك علي شيء أو لا تستحق علي شيئاً أو لا تستحق علي ما ادعيت به ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ولا يكلف الجواب عن النصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كلف جحد ذلك كان كاذباً، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلبت منه اليمين حلف

(المغني والشرح الكبير) (٢٠) (الجزء الثاني عشر)

وانما هو مفوض الى رأي الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلده وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه فعل ذلك ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين لثلا يبلغ به أدنى الحدود وقال ابن أبي ليلى بجلد خمسة وسبعين سوطا وهو أحد قولي أبي يوسف، وقول الاوزاعي في شاهدي المطلق : بجلدان مائة مائة وينرمان الصداق

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى » متفق عليه وقال اقسامه وسالم يخنق سبع خفقات ، وقال شريح يجلد أسواط فأما شهرته بين الناس فانه يوقف في سوق إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كان من أهل اقبائل أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ويقول الموكل به إن الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فأعرفوه وهذا مذهب الشافعي وآتي الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه وعنده اقسام وسالم فقالا سبحان الله بحسبه أن يخنق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قيس وجدناه شاهد زور فنفل ذلك به ولا يسخّم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه يجلد اربعين جلدة ويسخّم وجهه ويظال بحسبه رواه الامام أحمد ، وقال سوار يلجب ويدار به على حلق المسجد فيقول من رأي فلا يشهد بزور ، وروي عن عبد الملك بن يعلب قضي البصرة انه أمر بحلق نصف رؤوسهم وتسخيم وجوههم ويضاف بهم في الاسواق والذي شهدوا له معهم

ولنا ان هذا مثله وقد نهى النبي ﷺ عن اثمة وما روي عن عمر فقد روي عنه خلافه وانه حبسه يوما وخلي سبيله، وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فافعل الحاكم بما يراه مالم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يحقق نه شاهد زور وتعمد ذلك إما باقراره أو يشهد على رجل بفعل في الشام في وقت ويعلم ان المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي أو ان هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة اعوام وسنها اقل من ذلك أو يشهد على رجل انه فعل شيئا في وقت وقد مات قبل ذلك الوقت ولم يولد إلا بعمده وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمده لذلك فأما تعارض الدينيتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدب به لان الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يعلم به كذب إحدى الدينيتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه ، وقد قل الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وقول النبي ﷺ « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(فصل) ومتى علم ان الشاهدين شهدا بالزور تبين ان الحكم كان باطلا ولزم نقضه لأننا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به فإن كان المحكوم به مالا رد إلى صاحبه ، وان كان إتلافا

على حسب ما أجاب ولو ادعى أنني ابتعتك الدار التي في يدك فانكره وطلب يمينه فان كان أجاب بانك لا تستحقها حلف على ذلك

فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب إنلافه إلا ان يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعاً منها عن شهادتهما وقد بينا حكم ذلك

(فصل) فإذا تاب شاهد الزور وأنت على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور . وقال مالك لا تقبل شهادته ابداً لأن ذلك لا يؤمن منه ولما انه تأنب من ذنبه فقبلت توبته كسائر التائبين . وقوله لا يؤمن منه ذلك . قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فانه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها وشهادتهم مقبولة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قل (وإذا غير المدل شهادته بمحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته)

وهذا مثل ان يشهد بمائة ثم يقول هي مائة وخمسون او يقول بل هي تسعون فانه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به اخيراً وبهذا قال ابو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب المحاربي وإسحاق . وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الآخرة لان كل واحدة منهما ترد الاخرى وتعارضها . ولان الاولى مرجوع عنها واثانية غير موثوق بها لانه من مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن ان يكون في الغلط كالاولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قوليه لانه ادى الشهادة وهو غير منهم فلم يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

ولما ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير منهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بذلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فيعتبر استمرارها إلى انقضائه . ويفارق رجوعه بعد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض به تمامه (فصل) وان شهد بالف ثم قال قبل الحكم قضاء منه خمسمائة فسدت شهادته ذكره أبو الخطاب فقال إذا شهد أن عليه ألفاً ثم قال أحدهما قضاؤه منه خمسمائة بذات شهادته وذلك انه شهد بان الالف جميعه عليه واذا قضاؤه خمسمائة لم تكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتنفسد شهادته ، وفارق هذا ما لو شهد بالف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وأقرار بغلط نفسه وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع ، والنصوص عن أحمد ان شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بالف ثم قال أحدهما قبل الحكم قضاؤه منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهور انه ما اجتمع عليه وهو خمسمائة فصحح شهادته في نصف الالف الباقي وأبضاها في النصف الذي ذكر انه قضاؤه لان ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فاشبهه ما لو قال أشهد بالف بل بخمسمائة

قال احمد ولو جاء بعد هذا المجاس فقل اشهد انه قضاؤه منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى

قال احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فانكره هل يحلف ما أودعتك؟ قال اذا حلف مالك عندي ولا في يدي شيء فهو يأتي على ذلك؟ وهذا يدل على انه لا يلزمه أن يحلف على حسب الجواب

الشهادة فهذا يحتمل انه اراد به انه اذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتها وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد، فاما ان شهد انه اقرضه ألفاً ثم قال قضاء منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجهها واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

(مسئله) قال (واذا شهد شاهد بألف وآخر بخمسمائة حكم لمدعي الالف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الاخرى ان أحب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وأبي عبيد، وحكي عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوماً، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة لان الاقرار بالالف غير الاقرار بالالفين فلم يشهد بكل اقرار إلا واحد ولنا أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه وما ذكره من أن كل اقرار انما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بألف عشياً فان الشهادة تكمل مع أن كل اقرار انما يشهد به واحد فاما ما انفرد به أحدهما فان للمدعي أن يحلف معه ويستحق وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلما الشهادة أو لم تختلف الاسباب والصفات فاما إن اختلفت مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ويشهد شاهد بألف يمين وآخر بخمسمائة سود أو يشهد شاهد بألف دينار والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البيعة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ويحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به

(فصل) فان شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الالف ووجب له بالشهادتين مائة وان اختلفت الاسباب والصفات وجب له الألف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الآخر لانها مختلفان

(فصل) وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر أنه باعه إياه بخمسمائة لم تكمل البيعة لاختلافهما في صفات البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه وإن شهد به بكل عقد شاهدان ثبت البيعان وإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهد أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف وشهد الآخر أنه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البيعتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بيعة تكذب

وانه متى حلف مالك قبلي حق برى بذلك ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين (فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعي عليه صغيراً أو مجنوناً

الآخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لأن التعارض إنما يكون بين البينتين الكاملتين

(فصل) وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة أثبات له ما اتفقا عليه وهو درهمان وله أن يحلف مع الآخر على درهم لأنهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة أثبات له درهمان وبهذا قال الشافعي وقل أبو حنيفة له ثلاثة لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الأخبار وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فإنه يجب له ألفان قال القاضي ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الألف وخمسمائة

ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينبغي أن تكون قيمته ثلاثة أثبات تعارضت البيتان في الدرهم وتخالف الزيادة في الأخبار فإن من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بألف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر فإن قيل فلم قلتم أنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد واحد لم تتعارضوا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها قلنا لأن الشاهدين حجة وبينة فإذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما، وأما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة بيمينه ولم يعارضهما ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالأخر شاهد واحد

﴿مسألة﴾ قال (ومن ادعى شهادة عدل فانكر أن تكون عنده ثم شهد بها بعد ذلك وقال كنت أنسيتها قبلت منه)

وجملة ذلك أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها وقال كنت أنسيتها قبلت ولم ترد شهادته وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق ولا أعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يجوز أن يكون نسبها وإذا كان ناسياً لها فلا شهادة عنده فلا تكذب به مع إمكان صدقه ولا يشبه هذا إذا ما قال لا بينة لي ثم أتى ببينة حيث لا تسمع ذلك أقرار منه على نفسه بعدم البينة والآنسان يؤخذ بأقراره وقول الشاهد لا شهادة عندي ليس بأقرار فإن الشهادة ليست له إنما هي حق عليه فيكون منكراً لها فإذا اعترف بها كان أقراراً بعد الإنكار وهو مسموع بخلاف الإنكار بعد الإنكار ولأن الناسي للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق في إنكاره فإذا ذكرها صارت عنده فلا تنافي بين القولين وصار هذا كمن أنكر أن يكون عنده شهادة قبل أن يستشهد ثم استشهد بعد ذلك فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة فإنه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسبائها

لم يحلف عنه حتى يبلغ الصبي أو يعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً أو ادعاه الوصي أو الأمين له وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فإن نكل قضى عليه ومن لم ير

﴿مسئلة﴾ قل (من شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل)

وجملته أن من شهد بشهادة له بعضها مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة أو يشهد على زيد بدار له ولعمرو فإن شهادته تبطل في الكل وقل الشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) تصح شهادته لغيره لأنه أجنبي فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا في عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم فادعى أنهم قبضوها منه فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً فأقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض فإن شهادتهما تقبل عليه ويشاركه فيما أخذنا من المال ولنا أنها شهادة رد بعضها للثمة فترد جميعها كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ولو شهد بدين لأبيه وأجنبي أو شهد بشهادة ترد في بعض ما شهد به بطلت كلها

﴿مسئلة﴾ قال (واذا مات رجل وخلف ابناً ألف درهم فادعى رجل على الميت ألف درهم وصدقه الأب وادعى آخر مثل ذلك وصدقه الابن فإن كان في مجلس واحد كان الألف بينهما وإن كان في مجلسين كان الألف للاول ولا شيء للثاني)

وجملته إن الميت إذا خلف وارثاً وتركه فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق ميراثه فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها فإذا أقر بعد ذلك لاخر نظرت فإن كان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض فما يعتبر القبض فيه وامكان الفسخ في البيع ولحقوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لأنه يقر بحق على غيره فإنه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ولا يقبل إقرار الانسان على غيره، وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لهما قبل فكذلك الوارث ولأن منعه من الاقرار يفضي الى اسقاط حق الغرماء فإنه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بغيثته ولأن من قبل اقراره أولاً قبل اقراره ثانياً إذا لم يتغير حاله كالوروث.

ولنا انه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلماً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل كاقرار الرهن بجناية عبده الرهون أو الجاني، وأما الموروث فإن أقر في صحته صح لأن الدين لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته، وإن أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وإن أقر في مرضه لغريم يستغرق دينه تركته ثم أقر لاخر في مجلس آخر صح وشارك الاول والفرق بينه

القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنهما ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه، وإن ادعى على العبد دعوى وكانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه

وبين الوارث ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به ذين آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركته بالقرار بخلاف الوارث فانه لا يملك أن يتعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلتزم قضاء الدين .

(فصل) وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ثم أقر به لغيره فهو للأول ولا شيء للثاني فيه سواء كان في مجلس أو مجلسين لانه باعترافة الاول ثبت له تلك فيه فصار اقراره الثاني اقراراً له بملك غيره فلم يقبل وتلزم المقر غرامته للثاني لانه فرتة عليه باقراره به لغيره فأشبهه مالهو غصبه منه فدفعه الى غيره .

﴿مسئلة﴾ قل (ومن ادعى دعوى على مريض فأومأ برأسه أي نعم لم يحكم بها حتى يقول بأسائه)

وجاءت ان اشارة المريض لا تتوهم مقام نطقه وسواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه وبهذا قل الثوري ، وقال الشافعي يقبل اقراره باشارته اذا كان عاجزاً عن الكلام لانه اقرار بالاشارة من عاجز عن الكلام فأشبهه اقرار الاخرس

ولما أنه غير مأبوس من نطاه لم تقم اشارته مقام نطقه كالصحيح وبهذا فارق الاخرس فانه مأبوس من نطقه ولهذا لو أرتج عليه في الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الاخرس ، والإيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيزها مع امكانه في العدة ولان عجزه عن النطق غير متحقق فانه يحتمل ان يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لالعجزه وان صار الى حل يتحقق الاياس من نطقه لم يوثق باشارته لان المرض الذي أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه فيجوز ان يكون أثر في عقله أو في سمعه فلم يدر ما قيل له بخلاف الاخرس ولان الاخرس قد تكررت اشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومثله النطق وهذا لم تكرر اشارته فلعلم لم يرد الاقرار انما أراد الانكار أو اسكات من يسأله ومع هذه الفروق لا يصح القياس

﴿مسئلة﴾ قل (ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أنى بعد ذلك بينة لم تقبل لانه مكذب ابينته)

وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف وابن المنذر تقبل وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه كذب بينته وقال بعض أصحاب الشافعي وان كان الاشهاد امرا تولاه بنفسه لم تسمع بينته لانه كذبها وان كان وكيله أشهد على ادعى عليه

للقصاص والطلاق والقتل والخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا حلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره . وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كاتلاف مال أو

أو شهد من غير علمه أو من غير ان يشهدهم سمعت بينته لانه معذور في نفيه اياها وهذا القول حسن ولنا أنه أكذب بينته باقراره أنه لا يشهد له أحد فاذا شهد له انسان كان تكذيباً له ويفارق الشاهد اذا قال لاشهادة عندي ثم قال كنت نسيته لان ذلك اقرار لغيره بعد الانكار وههنا هو مقرر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه والحكم في ما اذا قل كل بينة لي زور كالحكم في ما اذا قال لا بينة لي على ما ذكرنا من الخلاف فيه

(فصل) وان قال ما أعلم لي بينة ثم أتى ببينة سمعت لانه يجوز ان تذكر له بينة لم يعلمها ثم علمها قال أبو الخطاب ولو قال ما أعلم لي بينة فقال شاهدان نحن نشهد لك سمعت بينته

❦ مسألة ❧ قال (واذا شهد الوصي على من هو موصى عليهم قبات شهادته وان شهد لهم لم يقبل اذا كانوا في حجره)

أما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافاً فانه لا يثبت عليهم ولا يجز بشهادته عليهم نفعا ولا يدفع عنهم بها ضرراً وأما شهادته لهم اذا كانوا في حجره فغير مقبولة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم اذا كان الخصم غيره لانه أجني منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه فنه الذي يطالب بحقوقهم ويخاضع فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأخذ من ماله عند الحاجة فيكون متهماً في الشهادة به فاما قوله اذا كانوا في حجره فانه يعني أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذي منع قبولها والحكم في امين الحاكم يشهد للايتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء

❦ مسألة ❧ قال (واذا شهد من يحنق في الاحيان قبات شهادته في افاقته)

قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ومن حفظنا عنه ذلك مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور ولا أحسبه الا مذهب أهل الكوفة وذلك لان الاعتبار في الشهادة بحال ادائها وهو في وقت الاداء من أهل التحصيل والعقل اثبات قبات شهادته كالصبي اذا كبر ولانه عدل غير متهم فقبلت شهادته كالصحيح وزوال عقله في غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذي ينام والمريض الذي يغمى عليه في بعض الاحيان

جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال ، وإن نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها او حساب استثبتته لا حلف على ما أتقنه فذكر أبو الخطاب انه لا يميل وان لم يحلف جعلنا كلاً . وقيل لا يكون ذلك نكولاً ويمهل مدة قريبة كالوادعي قضاء او إبراء (فصل) ولو ادعى على رجل ديناً او حقاً فقل قد أبرأني منه واستوفيته مني فالقول قول

(مسئلة) قال (وتقبل شهادة الطبيب في الموضحة اذا لم يقدر على طبييين وكذلك البيطار في داء الدابة)

وجملته انه اذا اختلف في الشجة هل هي موضحة أو لا أوفيا كان أكثر منها كالمشمة والمنقلة والامة والدامغة أو أصغر منها كالباضعة والتلاحمة والسمحاق أو في الجائفة وغيرها من الجراح التي لا يعرفها إلا الاطباء أو اختلفا في داء يختص بمعرفة الاطباء أو في داء الدابة فظاهر كلام الخري انه اذا قدر على طبييين أو بيطارين لا يجزى واحد لانه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق فان لم يقدر على اثنين اجزأ واحد لانه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به لانه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجزىء فيه بشهادة واحد بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة فتبول قول الرجل الواحد أولى

(فصل) قال احمد رحمه الله اذا قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول اشهدولي على مائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان ، وقال احمد اذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لي على مائة لم يشهد إلا بالف قل القاضي وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما شهد عليه لساغ للقاضي أن يقضي ببعض ما شهد به الشاهد

وقال ابو الخطاب عندي يجوز أن يشهد بذلك لان من شهد بالف فقد شهد بمائة فاذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى والاول أصح لما ذكره القاضي ولان شهادته بمائة ربما أوهمت ان هذه المائة غير التي شهدت باصله فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين

(فصل) قال احمد اذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه والله أعلم

المشكر الابراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوما — ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه او البراءة بجهة معلومة كفاه الحلف على تلك الجهة وحدها

كتاب الدعوى والبيّنات

الدعوى في اللغة إضافة الانسان إلى نفسه شيئاً مملوكاً أو استحقاقاً أو صفقة أو نحو ذلك ، وهي في الشرع إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف اليه استحقاق شيء عليه . وقل ابن عقيل الدعوى الطالب قال الله تعالى (ولهم ما يدعون) وقيل المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو اثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك ، وقيل المدعي من اذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من اذا ترك سكت وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بان يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف

❖ مسألة ❖ قال ابو القاسم رحمه الله (ومن ادعى زوجية امرأة فانكرته ولم تسكن له بيّنة فرق بينهما ولم يحلف)

وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة ، ويتخرج

باب الدعوى والبيّنات

الدعوى إضافة الانسان إلى نفسه شيئاً مملوكاً أو استحقاقاً أو نحوه . وهو في الشرع إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف اليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطالب قال الله تعالى (ولهم ما يدعون)

❖ مسألة ❖ (والمدعي من اذا ترك سكت والمنكر من اذا سكت لم يترك)

وقيل المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي ﷺ « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه »

❖ مسألة ❖ (ولا تصح الدعوى والانكار الا من جائز التصرف)

لان من لا يصح تصرفه لا قول له في المال ولا يضح إقراره ولا تصرفه فلا تسمع دعواه ولا إنكاره كما لا يسمع إقراره

أن يستحلف في كل حق لآدمي وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولأنه حق لآدمي فيستحلف فيه كاللأل، ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد يستحلف في النكاح فإن نكل ألزم النكاح، وقول الشافعي إن نكل ردت اليمين على الزوج خلف وثبت النكاح

ولنا أن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحل. يمتنع هذا أن الأبضاع مما يختلط فيها فلا تنبأ بالنكول ولا به وييمين المدعي كالحل وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الخلف والتبذل في مجلس الحاكم ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ويمين المدعي إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم وأثم كبير ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه وأما الحديث فأنما تناول الأموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود فالنكاح في معناه بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطاً في انعقاده أو من اشتهاه فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينها ويحال بينه وبينها ويحلى سبيلها، وإن قلنا أنها تحلف على الاحتمال الآخر فنكلت لم يقض بالنكول وتحبس في أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف وفي الآخر يحلى سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر إن كان المدعي محقاً أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلاً

﴿مسألة﴾ (وان تداعيا عينا لم تخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تكون في يد أحدهما فهي له مع يمينه أنه لا حق للآخر فيها إذا لم تكن بينة)

لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ «لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه. وقال النبي ﷺ في قصة الحضرمي والكندي «شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك» ولأن الظاهر من اليد الملك

﴿مسألة﴾ (ولو تنازعا دابة أحدهما راكمها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها فهي للأول) لأن تصرفه أقوى ويده أكد وهو المستوفى لمنفعتيها، فإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكمها فهي للراكم لأنه أقوى تصرفاً فلن اختلفا في الحمل فدعاه الراكم وصاحب الدابة فهو للراكم لأن يده على الدابة والحمل معاً فأشبهه مالو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها. وإن تنازع الراكم وصاحب الدابة في السرج فهو لصاحب الدابة لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس. ولو تنازع اثنان في ثياب عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد لأن يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد اللابس لها فهم سواء لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب. ومنه ذهب الشافعي في هذا الفصل كالذي ذكرنا

(فصل) وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتاج الى ذكر شرائط النكاح فيقول تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها وهذا منصوب الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج الى ذكر شرائطه لانه نوع ملك فاشبهه ملك العبد الا ترى أنه لا يحتاج ان يقول وليست معتدة ولا مرتدة .

ولنا ان الناس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولي والشهود ومنهم من لا يشترط ومنهم من يشترط اذن البكر البالغ لانيها في تزويجها ومنهم من لا يشترطه وقد يدعي نكاحا يعتده صحيجا والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغي ان يحكم بصحة مع جهله بها ولا يعلمها ما لم تذكر الشروط وتقوم اليقينة بها وتارق المال فان اسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربما لا يجد المدعي عدها ولا يعرفها والاموال مما يتساهل فيها ولذلك اقررنا في اشتراط الولي والشهود في عقوده فافترقا في الدعوى ، وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والاصل عدمها ولا يختلف به الاغراض فان كانت المرأة امة والزوج حراً فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت لانها من شرائط صحة نكاحها ، وأما ان ادعى استمالة الزوجية ولم يدع العقد لم يحتاج الى ذكر الشروط في أحد الوجهين لانه ثبت بالاستمالة ولو اشترط ذكر الشروط لا شترطت الشهادة به ولا يلزم ذلك في شهادة الاستمالة وفي اثنائي يحتاج الى ذكر الشروط لانه دعوى نكاح فاشبه دعوى العقد

(فصل) وان تنازعا قيصاً أحدهما لأبسه والآخر أخذ بكمه فهو للأبسه لان تصرفه أقوى وهو المستوفي لمنفعته ، فان كان كمه في يد أحدهما وباقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر فهما سواء فيها لان يد المسك بالطرف عليهما بدليل انه لو كان باقيها على الارض فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساوا فيها

(فصل) ولو كانت دار فيها أربعة ايات في أحد أبنائها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلعا فيها فان لكل واحد ماعو ساكن فيه لان كل بيت منفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه . وإن تنازعا الساحة التي يتأرق منها الى البيوت فهي بينهما نصفان لا شتراكهما في ثبوت اليد عليها فاشبهت العمامة فيما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وإن تنازع صاحب الدار والحياط الابرة والقمر فهما للحياط)

لان تصرفه فيها أكثر وأظهر ، والظاهر ان الانسان إذا دعى خياطاً يخط له فاعادة له يحمل معه ابرته ومقصه . وان اختلفا في قميص فهو لصاحب الدار إذ ليست المادة أن يحمل القميص معه يخطه في دار غيره وإنما المادة ان يخط قميص صاحب الدار فيها

وإن اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والنشار وآلة النجارة فهي للنجار . وإن اختلفا

(فصل) وان ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح كالإصداق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف فعلمه لأنها تدعي حقاً لها تضيفه إلى سببه فتسمع دعواها كما لو ادعت ملكاً اضافته إلى الشراء، وان افردت دعوى النكاح فقال القاضي تسمع دعواها أيضاً لأنه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع، وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقاً لغيرها فان قلنا بالاول سئل الزوج فان أنكروا لم تكن بيّنة فالقول قوله من غير يمين لأنه اذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ويحتمل ان يستحلف لان دعواها انما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية ندرج فيها اليمين، وان قامت البيّنة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها فاما ابحاثها له فتبني على باطن الامر فان علم أنها زوجته حلت له لان انكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق، وان علم أنها ليست امرأته اما لعدم العقد أو لبينوتها منه لم يحل له وهل يمكن منها في الظاهر يحتدل وجهين (أحدهما) يمكن منها لان الحاكم قد حكم بالزوجية (والثاني) لا يمكن منها لافرازه على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه كما لو تزوج امرأة ثم قال هي أختي من الرضاة فاذا ثبت هذا فان دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشروط العقد ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

في الخشبة المذشورة والابواب والرفوف المنجورة فهي لصاحب الدار. وإن اختلف التجار ورب الدار في قوس الندف فهو للتجار. وان اختلفا في الفرش والتطن والصوف فهو لصاحب الدار

﴿مسألة﴾ (وإن تنازع هو والقرباب القربة فهي للقرباب) وإن اختلفا في الخاوية والجرار فهي لصاحب الدار، ومذهب الشافعي في هذه المسائل على ما ذكرناه

﴿مسألة﴾ (وان تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لأحدهما فهي له) لأنه استوفى لمنفعتهما

﴿مسألة﴾ (وإن تنازعا حائطاً معقوداً ببناء أحدهما أو وحده أو متصلاً به اتصالاً لا يمكن إحداثه أو له عليه ازج فهو له وإن كان محلولا من بنائهما أو معقوداً بهما فهو بينهما)

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تنازعا حائطاً بين ملكهما وتساويا في كونه معقوداً بينهما معاً وهو أن يكون متصلاً بهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه معطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما أي غير متصل اتقائهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى إن لم تكن لواحد منهما بيّنة تحالفا فيحطب كل واحد منهما على نصف الحائط انه له وتكون بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما. وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وبهذا قال أبو حنيفة وأبو ثور وابن

(فصل) فاما سائر العقود غير النكاح كالبيع والاجارة والصالح وغيرها فلا يفتقر الى الكشف وذكر الشروط في اصح الوجهين لانها لا يحتاج لها ولا تنظر الى الولي والشهود فلم تنظر الى الكشف كدعوى العين وسواء كان المبيع جارية او غيرها لانها مبيع فاشبهت الجارية وكذلك اذا كان المدعى عينا او ديناً لم يحتاج الى ذكر السبب لان اسباب ذلك تكثير ولا تنحصر وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ويكفيه ان يقول استحق هذه العين التي في يده او استحق كذا كذا في ذمته ويقول في البيع اني اشتريت منه هذه الجارية بالف درهم او بعتهما منه بذلك ولا يحتاج ان يقول وهي ملكه او وهي ملكي ونحن جازز الامر وتفردنا عن تراض وذكر ابو الخطاب في العقود وجهاً آخر انه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين ووجه ثالثاً ان ان كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لانه عقد يستباح به الوطء فأشبهه النكاح، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك والاول اولى لانها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين، وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سألها الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن اعادته ههنا

المندر ولا أعلم فيه مخالفاً لان المختلفين في العين إذا لم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه، وإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون قول قول في نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما فإن لم تكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان متصلا ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه

ولنا أن الظاهر ان هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بعضه لرجل كان باقيه له والبناء الآخر الظاهر انه بني وحده فانه لو بني مع هذا كان متصلا به فالظاهر انه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح به هذا كالأيد

فان قيل فلم لا تجعل له بغير يمين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس يبين إذ يحتمل ان أحدهما بني الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائذه أو كان له فوهبه إياه أو بناه بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين. فاما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقد يمكن إحداثه كالبناء بالبن والآخر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لبنه أو آجرة ويجعل مكانها لبنه صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد الحائطين قتال القاضي: لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون فعل هذا لتمام الحائط المشترك، وظاهر كلام الخرقى أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه.

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعى دابة في يد رجل فأنكر وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي بينته ولم يلتفت الى بينة المدعى عليه لان النبي ﷺ أمرنا بسماع بينة المدعي وبين المدعى عليه وسواء شهدت بينة المدعى عليه أنها له أو قالت ولدت في ملكه عليه)

وجملة ذلك أن من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة فان بينة المدعي تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعي ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهذا قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقلت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخاً قدمت والا قدمت بينة المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النجاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه فأما ما يكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته لأنها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده اليد ، وقد روى جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ اختصم اليه رجلان في دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده ، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والنعيمي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقبل بينة الداخل إذا لم تغد إلا ما أفادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب إلى هذا القول بأن جنبة المدعى عليه أقوى لان الاصل معه وبينه

بنزع أجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه له فوجب ان يرجح كما يرجح باليد مع أنها تحتمل أن تكون يداعادية حدثت بالقصب أو بالعمارية أو الاجارة ولم يمنع ذلك الترجيح بها فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحو هذا فهو له ، وبهذا قال الشافعي لأن وضع بنيانه عليه بمنزلة اليد الثابتة لمكونه منتفعاً به فخرى مجرى حمله على البهيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائط وكذا ان كنت عليه سترة أو كان في أصل الحائط خشبة أو طرفها بمنح حائط منفرد به احدهما أو له عليه أزع معمود الحائط المختلف فيه له لان الظاهر في الخشبة أنها لمن ينفرد بوضع بنيانه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له

﴿مسئلة﴾ ولا ترجح الدعوى بوضع خشب احدهما عليه ولا بوجوه الأجر والتزويق والتجصيص ومعاقد القمط في الخوص.

قال أصحابنا لا ترجح دعوى أحدهما بوضع خشبة على الحائط وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد في الخبر النهي عن المنع منه وهو عندنا حق يجب التمكن منه فلا ترجح به الدعوى كإسناد مناعه اليه وتخصيصه وتزويقه ويحتمل ان ترجح به الدعوى وهو قول مالك لانه

تقدم على يمين المدعي فإذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه ، ولو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فإنه إنما قدمت يمينته ليد

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فحمل جنس البينة في جنبه المدعي فلا يبقى في جنبه المدعى عليه بينة ولأن بينة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه ولم تكن مفيدة ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد واتصرف فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فحارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعي كما تقدم على اليد كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لهما مزية عليهم (فصل) وأي البينتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة

ولنا ان احدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تمارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجود، ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط الرجوة (فصل) فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت فإن كانت البينة للمدعي وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب وهو قول أهل الفتيا من أهل الامصار منهم الزهري وأبو حنيفة

ينتفع به بوضع ماله عليه فاشبهه الباقي عليه والزارع في الارض وورد السرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلاً على الاستحقاق بدليل اننا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جازت إعادته ولأن كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضعه ففياً لا حاجة إليه له منعه من وضعه، وأما السماح به فإن أكثر الناس لا يسامحون به ، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لا لارمين بها بينا اكتافكم وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريره ولأن الحائط يبنى لذلك فيرجح به كالأزج وقل أصحاب أبي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لأن الحائط لا يبنى له وترجح بالجذعين لأن الحائط يبنى لهما

ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى قايله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون لدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الاجر والحجارة ولا كون الاجرة الصحيحة مما يلي أحدهما وقطع الآخر مما يلي ملك الآخر ولا بمعاقد القمط في الخصى يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخصى ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقل أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط لما روى عمران بن حارثة التميمي عن أبيه أن قوما اختصموا

ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي : الشعبي وابن أبي ليلى يستحلف الرجل مع بينته قل شريح لرجل لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف ولنا قول النبي ﷺ للحضرمي « بينتك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وقول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولأن البينة إحدى حجتي الدعوى فيكتفى بها كاليمين . قل أصحابنا ولا فرق بين الحاضر والغائب والحلي واليت والصغير والكبير والمجنون والمكلف وقال الشافعي إذا كان الشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لتزول الشبهة وهذا حسن فإن قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لا ينفى احتمال إقضاء والإبراء بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فإن كان حاضراً مكلفاً فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة ، وإن كان غائباً أو ممن لا قول له نفي احتمال ذاك من غير دليل يدل على انتفائه فتشريع اليمين لنفيه وإن لم تكن للمدعي بينة وكانت المنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها لانا إن قلنا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع انفراطها أولى ، وإن قلنا بتقديم بينة المدعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين لأنها أقوى من اليمين فإذا اكتفى باليمين فما هو أقوى منها أولى ويحتدل أن تشريع اليمين أيضاً لأن البينة ههنا يستدل أن تكون مستندة اليد وانتعرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد وانتصرف وذلك لا يفي عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

إلى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان يحكم بينهم فحكم ابن نليه معاقداً قمط ثم رجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال « أصبت وأحذت » رواه ابن ماجه وروي نحوه عن علي ولأن العرف جار بأن من بنى حائطاً جعل وجه الحائط إليه

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ولأن وجه الحائط ومعاقداً قمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليها جميعاً فبطالت دلالة كالتزويق ، ولأنه براد للزينة فهو كالتزويق ، وحديثهم لا يثبت أهل النقل وإسناده مجهول قاله ابن المنذر قال الشانجي ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يقنعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقل ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وما ذكره من العرف ليس بصحيح فإن العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يابس الرجل أحسن ثيابه أعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل فيه

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ولا يكون أحدهما له الآجر وسترة غير مبنية عليه لأنه مما يتساح به ويمكن إحداه.

(فصل) وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه وأنه أودعها للداخل أو أعاره إياها أو أجرها منه ولم يكن لواحد منها بيعة فالقول قول المذكر مع يمينه ولا نعلم فيه خلافاً وإن كان لكل واحد منهما بيعة فبيعة الخارج مقدمة وهذا قول الشافعي
وقال القاضي بيعة الداخل مقدمة لأنه هو الخارج في المعنى لأنه ثبت أن المدعي صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البيعة على المدعي » ولأن اليمين في حق المدعي عليه فتكون البيعة للمدعي كما لو لم يدع الايداع، يحتج به أن دعواه الايداع زيادة في حجه وشهادة البيعة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطللة لبيئته، وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها وأقاما يدين في الخارج ويقضي قول القاضي أنها للداخل والاولى ما ذكرناه

(فصل) فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وإياها في يد آخر فدعاها كل واحد منهما كلها ولا بيعة لواحد منهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه وإن أقاما يدين وقلنا تقدم بيعة الخارج فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه وإن قلنا تقدم بيعة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين

(فصل) فإن كان في يد كل واحد منهما شاة فدعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يد صاحبه

﴿مسئلة﴾ وان تنازع صاحب العلو والسفل في السلم والدرجة فهي لصاحب العلو الا أن يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفل فيكون بينهما وان تنازعا في السقف الذي بينهما فهو بينهما
إذا تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها ولم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مستمر أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لأن له اليد والتصرف وحده لكونها مصد لصاحب العلو لا غير والعروة التي عليها الدرجة له أيضا لانتفاعه بها وحده وإن كان تحتها بيت بنيت لأجله وليكون مدرجا للعلو فهي بينهما لأن يدهما عليه ولأنها سقف للسفلي وموطئ للفقاني فهي كالسقف وإن كان تحتها طباق صغيرة لم تبين الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقا يحمل فيه حب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده، وبجمل ان تكون بينهما لأن يدهما وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) فإن تنازعا السقف الذي بينهما تحالفا وكان بينهما وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لأن السقف على ملكه فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لأنه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به

ولما أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما

له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما ، وإن كان كل واحد منهما قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لافي الملك إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى والحكم على ما تقدم ، وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي وأقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما ما في يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها إذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده

(فصل) وإذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة فإن قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لأن بينة زيد مقدمة عليهما ، وإن قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع فإن كان حكم بها لزيد لأن عمرا لا بينة له ردت إلى عمرو لانه قد قادت له بينة واليد كانت له وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضا وردها الحاكم لنفسها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضا لأن الفاسق إذا ردت شهادته لنفسه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لأن حكم الحاكم الاصل جريانه على العدل والانصاف والصحة فلا

كالنظ بين المالكين وقولهم هو على ملك صاحب السفلى يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لهذا فكان في يده وهذا السقف ينفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفلى يظله وأرض صاحب العلو يقله فاستويا فيه ، وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لما ذكرنا

❦مسئلة❦ (وإن تنازع المؤجر والمستأجر في ريف مقلوع أو مضراع له شكل منصوب في الدار فهو لصاحبها والا فهو بينهما)

وجملة ذلك أن المكتري والمكري إذا اختلفا في شيء في الدار فإن كان مما ينقل ويحول كالاثاث والاواني والكتب فهو للمكتري لأن إعادة أن الانسان يكري داره فارغة من رحله وقماشه وإن كان في شيء مما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلالم المستمرة والرحا المنصوبة وحجرها الفوقاني فهو للمكري لانه من توابع الدار فاشبه الشجرة المغروسة فيها وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال احمد إذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها ، وقال القاضي هي بينهما إذا اختلفا لأنها لا تتبع في البيع فاشبهت التماس فهذا ظاهر يشهد للمكتري والمكري ظاهر يعارض هذا وهو أن المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فإذا تعارض الظاهر من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا إن

يتمض بالاحتمال فإن جاء ثالث فادعاهما وأقام بهما بينة فيدنته وبينة زيد متعارضتان ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينته لأنها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال النزاع فلم يحتج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانث عدالتها فانها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا ههنا (فصل) وإذا كان في يد رجل شاة فادعاه رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده أنها في يده منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهي للمدعي بغير خلاف لأن بينته تشهد له بالملك وبينه الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لا يمكن الجمع بينهما بأن تكون اليد على غير ملك فكانت بينة الملك أولى فإن شهدت بينة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل وكون الأخرى بينة الخارج ففيه روايتان

(أحدهما) تقدم بينة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقتضيه غنوم كلام الخري لقوله عليه السلام «البينة على المدعي» ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيد اليد أشبهت الصورة التي قبها

(والثانية) تقدم بينة الداخل وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها تضمنت زيادة فإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج إلا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي

تحالفا كانت بينهما وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن لم يذكر شيخنا في الكتاب المشرح أنه إن كان لألف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وإن لم يكن له شكل فهو بينهما إذا تحالفا لأنه إذا كان له شكل منصوب في الدار فالمنصوب تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر وكذلك إذا اختلفا في مصراع باب متلوع فالحكم فيه كما ذكرنا هكذا ذكره أبو الخطاب وذكره القاضي في موضع لأن أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالخبر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكر

﴿مسألة﴾ وإن تنازعا دارا في أيديهما فادعاهما وادعى الآخر نصفها جمل بينهما نصفين واليمين على مدعي النصف

نص عليه أحمد ولا يمين على الآخر لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا أعلم في هذا خلافا إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن المدعي الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه

ولما إن مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قواه فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فإن لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تماضت بينتهما في النصف فيكون النصف للمدعي الكل والنصف الآخر ينسب على الخلاف في أي البينتين تقدم ، وظاهر المذهب تقدم بينة المدعي الكل وعلى قول

قبيلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بيته الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها قولان ، وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بيته قدمت بيته الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فإن اتفق تاريخ السنين إلا أن بيته الداخل تشهد بتناج أو بشراء أو غنيمة أو ارث أو هبة من مالك أو قبايلة من الامام أو سبب من أسباب الملك ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما ، وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضي له بها لأن بيته الاتباع شهدت بأمر حدث خفي على البيته الأخرى فتقدمت عليها كتقدم بيته الجرح على بيته التعديل (م-ثلة) قال (ولو كانت الدابة في أيديهما فأقام أحدهما البيته أنها له وأقام الآخر البيته أنها له نمت في ملكه سقطت الديتان وكانا كمن لا بيته لهما وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به)

وجماته أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بيته حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافاً لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فهي بينهما أيضاً لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله ، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضي له

أبي حنيفة وصاحبيه إن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها ولنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وإن كان لكل واحد بيته تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بيته لهما ، وإن قلنا تستعمل الديتان اقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين والثاني يقسم بينهما النصف فيكون لمدي الكل ثلاثة أرباعها

(فصل) فإن كانت دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الثالث سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد ، وإن ادعى كل واحد منهم أن بقية الدار وديعة أو عارية كانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بيته قضي له بها لأن بيته تشهد بما ادعاه ولا معارض لها وإن لم تكن لواحد منهم بيته حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها

(فصل) فإن ادعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها فإن لم يكن لواحد منهم بيته قسمت بينهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها وإن كانت لأحدهم بيته نظرت فإن كانت لمدي الجميع فهي له ، وإن كانت لمدي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لصاحب الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه ، وإن كانت البيته لمدي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل

بجميعها لانه يستحق ما في يده يمينه وما في يد صاحبه اما بنكوله وإما يمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه ، وان كانت لاحداها بيته دون الآخر حكم له بها لأنعلم في هذا خلافاً ، وان اقام كل واحد منهما بيته وتساوتا تعارضت البيتان وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وابونور واصحاب الرأي لما روى ابو موسى رضي الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في بغير فأقام كل واحد منهما شاهدين ف قضى رسول الله ﷺ بالبغير بينهما نصفين رواه أبو داود ولان كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج عن نصفها فتقدم بيته كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بيته الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بيته الخارج فيستويان على كل واحد من القولين و ذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت قرعته حلف أمها للاحق الآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرها والاول أصح للخبر والمعنى واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين فروي أنه يحلف وهذا ذكره الخزي لان البيتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطها كالخبرين اذا تعارضا وتساويا واذا سقطا صار المتحاذان كمن لا بيته لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على ان اليمين تجب على الداخل مع بيته وكل واحد منهما داخل في نصفها فيحكم له به ببيته ويحلف معها في أحد القواين والرواية الاخرى ان العين تقسم بينهما من غير يمين

واحد بما يدعيه بيته فان قلنا تقدم بيته صاحب اليد قسمت بينهما أثلاثا لان يد كل واحد منهما على اثالث وإن قلنا تقدم بيته الخارج فينبغي أن تسقط بيته صاحب الثلث لانها داخله ولمدعي النصف السدس لان بيته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لان له السدس بغير بيته لكونه لا منازع له فيه لأن أحدا لا يدعيه وله اثنتان لكون بيته خارجة فيهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لان بيته تدعي الكل وتدعي النصف تعارضتا فيه وتساقطا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بيته أو لم تكن ، وان كانت العين في يد غيرهم واعترف انه لا يملكها ولا بيته لهم فالنصف لمدعي الكل لانه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم في النصف الباقي فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو صاحب النصف حلف وأخذه وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه وان أقام كل واحد منهم بيته بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعي الكل ومدعي النصف واثالث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البيئات فيه فان قلنا تسقط البيئات قرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بيته وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذ كان بالعراق وعلى الرواية التي تقول اذا تعارضت البيتان قسمت العين بين التداعين فالمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد وثلث الثلث والمدعي النصف نصف

وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهو أصح للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البيئتين على الخبرين المتساويين لأن كل بيئة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا أن البيئة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين فلما ان شهدت إحدى البيئتين بأن العين لهذا وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر تنجت في ملكه فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين (أحدهما) لا يرجح به وهو اختيار الخري لانها تساوي في ما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم (والثانية) تقدم بيئة التاج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك فيحتدل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها كتقدم بيئة الجرح على التعديل وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما

(فصل) فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الخري التسمية بينهما وهو أحد قولي الشافعي وقول القاضي قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخاً وهو قول أبي حنيفة وأقول الثاني للشافعي لأن المتقدمة انتارخ أثبت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البيئة الأخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المدايلة بالناء في ذلك الزمان وتعارضت البيتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق يجب استدامته وإن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته. ووجه قول

السدس وثلاث الثلث ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسئلة من ستة وثلاثين لمدعي الكل النصف ثمانية عشر ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهماً وإصاحب النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول الشافعي وقال أبو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين وروي هذا عن مالك وهو قول الشافعي وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان فصح من أحد عشر سهماً.

وسئل سهل بن عبد الله بن أويس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بأيديهم ولا بيئة لهم وحلف كل واحد منهم على ماداءه ادعى أحدهم جميعه وادعى الآخر ثلثيه وادعى آخر نصفه فأجاب فيها بشعره: نظرت أبا يعقوب في الحسب التي طرت * فأقامت منهم كل قاعد فللمدعي الثلثين ثلث والذي * استبلاط جميع المال عند التحاشد من المال نصف غير ماسيئو به * وحصته من نصف ذا المال زائد والمدعي نصفاً من المال ربعه * ويؤخذ نصف السدس من كل واحد وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسئلة عالت إلى ثلاثة عشر وذلك

الخري ان الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز ان يعلم به دون الاول ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقاً فاذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوي ، وقولهم إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة قلنا أما يثبت تبعاً لثبوتة في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته فان وقت احداها واطلقت الاخرى فهما سواء ذكره القاضي وقال أبو الخطاب يحتمل ان يحكم به لمن لم يوقت وهو قول أبي يوسف ومحمد ولنا أنه ليس في احداها ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواءهما كما لو اطلقتا أو استوى تاريخهما

(فضل) ولا ترجح إحدى البيئتين بكثرة العدد ولا اشتراط المدالة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويخرج ان ترجح بذلك مأخوذاً من قول الخري ويتبع الاعمى أو ثبتهما في نفسه وهذا قول مالك لان أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لانها خبر ولان الشهادة انما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به واذا كثر العدد أو قويت امدالة كان الظن به أقوى وقول الاوزاعي يقسم على عدد الشهود فإذا شهد لاحدهما شاهدان والآخر أربعة قسمت لذين بينهما اثلاثا لان الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها

انه أخذ مخارج الكسور وهي ستة فجعلها لمدعي الكل وثلاثها اربعة لمدعي اثنتين ونصفها ثلاثة لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فان كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها واثنان ثلثها واثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد منهم وله ربعها لانه في يده واقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً لاننا ان قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه، وإن قلنا تقدم بينة الخارج فان الرجلين اذا ادعيا عيياً في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده، وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فثلث لمدعي الكل لان أحداً لا ينزاع فيه ويقرع بينهم في الباقي، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو مدعي اثنتين أخذه وإن وقعت لمدعي النصف أخذه وأقرع بين الباقيين في الباقي فان وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق إلا انهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا المدعي الكل اثلث ويقرع بينه وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الاربعة في الثلث الباقي ويكون الاقراع في ثلاثة مواضع ، على الرواية الأخرى اثلث لمدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي اثنتين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أرباعاً وتصح المسئلة من

ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية وتخالف الخبر فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لاتقبل شهادتهن وإن كثرت حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكورين؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لأن كل واحدة من البينتين حجة في المال فإذا اجتمعتا تعارضتا فأما إن كان لاحدهما شاهدان والآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان

(أحدهما) يتعارضان لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فاشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين (والثاني) يقدم الشاهدان لأنهما حجة متفق عليهما والشاهد واليمين مختلف فيهما ولأن اليمين قوله لنفسه واليمين الكاملة شهادة الاجنبيين فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنذر وهذا الوجه أصح إن شاء الله وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) وإذا كان في أيديهما دار فاداعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها ولا بينة لهما فهي بينهما نصفين نص عليه أحمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا نعلم في هذا خلافاً إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواها فيه ولنا أن يد مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فإن كان

سنة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد عن النصف ثلاثة وثلاث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وذلك خمسة أتساع الدار، ولمدعي الثلثين ثمانية أسهم تسعان وهي مثل ما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعي النصف خمسة أسهم تسع وربع تسع، ولمدعي الثلث ثلاثة نصف سدس وعلى قول من قسمها على العول من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب الثلث سهمان ولصاحب النصف ثلاثة وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي

﴿مسئلة﴾ (وان تنازع الزوجان أو ورثتهما في قاش البيت فما كان يصلح للرجال فهو للرجال وما كان يصلح للنساء فهو للنساء وما كان يصلح لهما فهو بينهما)

إذا اختلف الزوجان في قاش البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما يينة ثبت له بلا خلاف، وإن لم تكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من المائيم وقصائهم وجبايهم والاقبية والطايسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقصصهن ومقائهن ومعازينهن

لكل واحد منهما بيعة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فالنصف لمدي الكل والنصف الآخر يبيعه على الخلاف في أي البيعتين تقدم وظاهر المذهب تقديم بيعة المدعي فتكرن الدار كلها لمدي الكل وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فن خرجت له القرعة حلاً وكان له وإن كان لكل واحد بيعة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بيعة لهما ، وإن قلنا تستعمل البيعتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين

(والثاني) يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدي الكل ثلاثة أرباعها (فصل) فإن كانت الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاد فان ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة أو عارية معي وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من المالك بيعة قضي له به لأن بينته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها ، وإن لم تكن لواحد منهما بيعة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها (فصل) فان ادعى أحدهم جميعها وادعى الآخر نصفها والآخر ثلثها فان لم تكن لواحد منهما بيعة قسمت بينهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم المئين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها وإن

فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لها كالمفارش والأواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة وسواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد البينونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثه الآخر

قال أحمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون للرجال وللنساء فهو بينهما ، فان كان المتاع على يدي غيرها فن أقام البيعة دفع إليه وإن لم تكن لها بيعة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع وقال في رواية مهنا وكذلك ان اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى لأن أيديهما جميعاً على قماش البيت بدليل مالونا زعها فيه اجنبي كان القول قولها وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب تقديمه كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها أو قيصا أحدهما لابسها والآخر أخذ بكمه أو جداراً متصلاً بجداريهما معقوداً ببناء أحدهما

(مسئلة) (وان اختلف صانعان في قماش دكان لهما حكم بالآلة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد والخري) لما ذكرنا فيما إذا اختلف الزوجان في قماش البيت فألة العطار له وآلة النجارين للنجار فان لم يكونا في دكان واحد ولكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحيه العين المختلف له فيها كما يذكر في مسألة الزوجين بعد وقال القاضي هذا إنما هو اذا كانت أيديهما عليه من طريق

كانت لأحدهم بينة نظرت فإن كانت لمدعي الجميع فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه فإن كانت المينة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة فإن قلنا تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثاً لأن يد كل واحد منهم على اثلاث وإن قلنا تقدم بينة الخارج فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث لأنها داخلية ولمدعي النصف السدس لأن بينة خارجه فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لأن له السدس بغير بينة أكونه لا متنازع له فيه فإن أحداً لا يدعيه وله الثلثان لكون بينته خارجه عنهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لأن بينة مدعي الكل ومدعي النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بينة أو لم تكن وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لأنه ليس منهم من يدعيه وقرع بينهم في النصف الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فن قرع صاحبه حلف وأخذه وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه

الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه ، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنهم قالوا ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه ، وإذا اختلف أحدهما ووزنه الآخر فالقول قول الباقي ، لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكيمة بدليل ما لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة والمقص كانت الخياط وقال أبو يوسف اتقول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قد جرت مجازاً مثلها وقال مالك ما صلح اسكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لأن البيت للرجل ويده عليه أقوى لأن عليه السكنى وقال الشافعي وزفر والبيهي ما كان في البيت فهو لهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه وروي ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعي وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك ولا أن يدهما جميعاً على متاع البيت بدليل ما لو تنازعا فيه اجنبي كان القول قولها وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفاً فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والاخر أخذ بزمامها أو جداراً متصلاً بداريتها معقوداً بينهما أحدهما أوله أزج ولنا على أبي حنيفة والقاضي أنهم لا تنازعا فيما في أيديهما أشبه إذا كان في اليد الحكيمة ، فاما ما كان

مدعي الكل ومدعي النصف واثلاث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البيّنات فيه فان قلنا تسقط البيّنات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بيّنة وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذا كان بالعراق

وعلى الرواية التي نقول إذا تعارضت البيّنات قسمت العين بين المتداعين فله مدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث والمدعي النصف نصف السدس وثلث الثلث والمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسئلة من ستة وثلثين سهمها لمدعي الكل النصف ثمانية عشر سهمها ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهمها ولصاحب النصف سبعة والمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قودة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول للشافعي ، وقال أبو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين ويروى هذا عن مالك وهو قول للشافعي

وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل سبعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان فتصح من أحد عشر سهمها وسئل سهل بن عبد الله بن أبي أوس عن ثلاثة ادعوا كيداً وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه فاجاب فيهم بشعر يقول :

يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه إذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على انه ليس للباقي منهما ان وارث الميت قائم مقامه أشبه مالو جعل احدهما لنفسه وكيلاً (فصل) فأما إذا لم تكن لاحدهما يد حكومية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح احدهما بصلاحيه ذلك له بل ان كانت في أيديهما فهي بينهما وان كانت في يد احدهما فهي له وان كانت في يد غيرهما اقترا عليها فمن خرجت له اقرعة فهي له واليمين على من حكمنا له بها في كل الموضع لانه ليس لهما يد حكومية فاشبه سائر المختلفين

﴿مسئلة﴾ (وكل من قلنا هو له فهو له مع يمينه إذا لم تكن بينة) لاحتمال مادعاه خصمه

﴿مسئلة﴾ (وان كان لاحدهما يد حكم له بها)

وجملة ذلك ان البيّنة اذا كانت للمدعي وحده وكانت العين في يد المدعى عليه حكم باليمين للمدعي بغير خلاف ولم يحلف وهو قول اهل الفتيا من اهل الامصار منهم الزهري والثوري وابو حنيفة ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشافعي وابن أبي ليلى يستحلف الرجل مع بيّنته قال شريح لو أثبت كذا وكذا شهداء عندي ما قضيت لك حتى تحلف . وانا قول النبي ﷺ « البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولان البيّنة احدى حجتي الدعوى

نظرت أبا يعقوب في الحسب التي طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث والذي استلأط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ما سينو به وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفاً من المال ربعة ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكان المسئلة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر وذلك
انه أخذ مخرج الكسور وهي ستة فجعلها للمدعي الكل وثلاثها أربعة للمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة
للمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فإن كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها والثاني ثلثها والثالث نصفها والرابع
ثلثها ولا بينة لهم حاف كل واحد وله ربعة لانها في يده فلقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن أقام
كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أربعاً أيضاً لاننا إن قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم
داخل في ربعة فتقدم بينته فيه وإن قلنا تقدم بينة الخارج فإن الرجابين إذا ادعيا عيناً في يد غيرهما
فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده وإن كانت
الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثالث للمدعي الكل لأن احداً لا ينافيه
فيه ويقرع بينهم في الباقي فإن خرجت اقربة لصاحب الكل أو للمدعي الثلثين أخذه وإن وقعت

فيكتفي بها كاليمين إذا ثبت ذلك فقل اصحابنا لا يفرق بين الحاضر والغائب والحى والميت والعقل
والجنون والصغير والكبير وقال الشافعي إذا كان الشهود عليه لا يبرهن عن نفسه الحلف للشهود له
لانه لا يبرهن عن نفسه في دعوى اتضا والابراء فيقوم الحكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة قال شيخنا
وهذا حسن فإن قيام البينة للمدعي بثبت حقه لا ينفي احتمال اقضاء والابراء بدليل ان المدعى عليه
لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فإذا كان حاضراً مكلفاً فسوته عن الدعوى دليل على انتفائه فيكتفي
بالبينة فإن كان غائباً او ممن لا قول له بقي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشريع اليمين
لنفيه وان لم تكن للمدعي بينة وكانت المنكرية سمعت بينته ولم يحتج الى الحلف معها لانا ان
قلنا بتقديمها مع اتعارض وان لا يحلف معها فمع افرادها اولي ، وان قلنا بتقديم بينة المدعى عليه
فيجب ان يكتفي بها عن اليمين لانها اقوى من اليمين فاذا اكتفي باليمين فما هو اقوى منها اولي
ويحتمل ان تشريع ايضا لان البينة ههنا يحتمل أن يكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد الا
بما افادته اليد والتصرف لا يغني عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

﴿مسئلة﴾ (وان كان لكل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب ، وعنه إن

لمدعي النصف اخذه وأقرع بين الباقيين في الباقي وإن وقعت لصاحب الثلث اخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي اذ كان بالعراق الا أنهم ذهبوا عنه بعبارة أخرى فقالوا المدعي الكل اثلث ويقرعه بينه وبين مدعي الثلثين في السدس الزائد عن النصف ثم يقرع بينهما وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الاربعة في الثلث الباقي ويكون الاقرار في ثلاثة مواضع، وعلى الرواية الاخرى اثلث المدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقدم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أرباعاً وتحسب المسئلة من ستة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلاثون السدس الزائد عن الثلث سهمان وزرع اثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وهي خمسة أضع الدار والمدعي الثلثين ثمانية اسهم سهمان وهي مثل ما للمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به والمدعي النصف خمسة اسهم تسع وربيع تسع والمدعي الثلث ثلاثة نصف السدس، وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل اثلث ويوقف الباقي حتى يتبين

شبهت بينة المدعي عليه أنها له نتجت في ملكه أو قطعة من الامام قدمت بينته وإلا فهي المدعي بينته وقيل القاضي فيها اذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنها مقدمة بكل حال

وجملة ذلك ان من ادعى عينا في يد غيره فأنكره وأقام كل واحدة منها بينة حكم بها للمدعي بينته وتسمى بنة الخارج وبينة المدعي عليه تسمى بينة الداخل وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما إذا تعارضتا فلمشهور عنه تقدم بنة المدعي ولا تسمع بينة المدعي عليه بهذا الاختيار الخرقى وهو قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته اقدم تاريخاً قدمت وإلا قدمت بينة المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النجاشي والذجاج فيما لا يتكرر نسجاً، وأما ما يتكرر نسجاً كالخز والصوف فلا تسمع بينته لأنها اذا شهدت بالسبب فقد افادت ما لا تفيد اليد وقد روى جابر بن عبد الله ان النبي ﷺ اختصم اليه رجلان في دابة أو بعير فقام كل واحد منهما بالبينة أنه أنتجها فقضى به رسول الله ﷺ والذي هي في يده، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة ان بينة المدعي عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي ذلك عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقدم بينة الداخل اذا لم تفد الا ما افادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب الي تقديم بينة المدعي عليه بان جنته أقوى لان الاصل معه وبينه تقدم

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها وإنها لاحدهما لا يعرفه عينا قرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه)

وجملته أن الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولا يئنه لهما فأنكرها فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف فعلمه وإن اعترف أنه لا يملكها وقال لا اعرف صاحبها أو قل هي لاحدكما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه لما روى أبو هريرة أن رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بيته فأمرها النبي ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها رواه أبو داود ولأنهما تساوبا في الدعوى ولا بيته لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو أعتق عبداً لا مال له غيرهم في مرض موته ، وأما أن كانت لاحدهما بيته حكم بها بغير خلاف فعلمه وإن كانت لكل واحد منهما بيته ففيه روايتان ذكرها أبو الخطاب

(احداها) تستط البيئتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بيته وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما بيته أو لم تكن وروي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قول الشافعي وذلك لما روى ابن المسيب أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أمر وجاء كل منهما بشهود

على يمين المدعي فاذا تعارضت البيئتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بيته لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فإنه إنما قدم بيئته ليده

ولنا قول النبي ﷺ « البيته على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس البيته من جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بيته ولأن بيته المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بيته الجرح والتعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن وبيته المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد وانصرف فان ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البيته بمنزلة اليد المفردة فقدم عليه بيته المدعي كما تقدم اليد كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لها مزية عليها

(فصل) وأي البيئتين قدمناها لم يحلف صاحبها وقل الشافعي في أحد قوله يستحلف صاحب اليد لأن البيئتين سقطتا بتعارضهما فصارتا كمن لا بيته لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بيته ولنا أن إحدى البيئتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ولا نسلم أن البيته الراجحة تسقط وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

﴿ مسألة ﴾ (وإن أقام الداخل بيته أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بيته أنه اشتراها

مدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البيهقي حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحدهما على الاخرى فسقطنا كلخيرين

(والرواية الثانية) تستعمل البيهقي وفي كيفية استعمالها روايتان (احدهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقادة وابن شبرمة وحامد وأبي حنيفة وقول للشافعي لما روى أبو موسى ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير وأقام كل واحد منهما البيعة أنه له فقضى رسول الله ﷺ به بينهما نصفين ولأنهما تساويا في دعواه فيساويان في قسمته

(والرواية الثانية) تقدم احدهما بالقرعة وهو قول الشافعي وله قول رابع يوقف الأمر حتى يثبتين وهو قول أبي ثور لأنه أشبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته . ولما الخبران وان تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كلخيرين بل إذا تذا ترا ترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما . إذا ثبت هذا فاننا إذا قلنا إن البيعتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لها بيعة ، وان قلنا يعمل بالبيعتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البيعة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع البيعة ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى .

من الداخل فقال القاضي تقدم بيعة الداخل لا الخارج في المعنى وقيل تقدم بيعة الخارج (

لقول النبي ﷺ « البيعة على المدعي »

(فصل) إذا ادعى الخارج ان العين ماله وأنه أودعها الداخل أو اعاره اياها أو اجرها منه ولم تكن لواحد منهما بيعة فالقول قول المنكر مع يمينه لان لم فيه خلافا وان كان لكل واحد منهما بيعة قدمت بيعة الخارج وهو قول الشافعي وقال القاضي بيعة الداخل مقدمة لانه هو الخارج في المعنى كالمسئلة قبلها لانه ثبت ان المدعي صاحب اليد فان يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فتكون البيعة للمدعي كما لو لم يدع الايداع . يحتمل ان دعواه الايداع زيادة في حجته وشهادة البيعة بها تقوية لها فلا يجوز ان تكون مبطلة لبيئته ، وان ادعى الخارج ان الداخل غصبه اياه واقاما بينتين قضي للخارج ويقتضي قول القاضي انها للداخل والاولى ما ذكرناه

(فصل) فان كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقلها وبقاياها في يد آخر فادعاهما كل واحد منهما جميعها ولا بيعة لها ولا لاحدهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه وان أقاما بينتين وقلنا تقدم بيعة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين وان كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما ان الشاة التي في يد صاحبه له ولا بيعة لها حلف كل واحد منهما

(فصل) فإن أنكرهما من العين في يده وكانت لاحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بينة فإن قلنا تستعمل البيئتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك وإن قلنا تسقط البيئتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لها بينة وإن أقر بها بعد ذلك لها أو لاحدهما قبل إقراره وإن أقر بها في الابتداء لاحدهما صار انقر له صاحب اليد لأن من هي في يده مقر بان يده ذنبه عن يده ، وإن أقر لها جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك .

(فصل) وإن تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لا أعرفه عينا أو قال لا أعرف صاحبها أهو أحدكما أو غيركما أو قال أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عينا فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أنني صاحبها أو أنني الذي أودعتهما أو طالبت يمينه لزمه أن يحلف له لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ومن لزمه الحق مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ويحلف على ما دعاه من نفي العلم وإن صدقه فلا يمين عليه وإن صدقه أحدهما حلف للآخر وإن أقر بها لواحد منهما أو غيرهما صار انقر له صاحب اليد فإن قل غير انقر له احلف لي أن اليمين ليست ملكي أو أنني لست الذي أودعتهما لزمه اليمين على ما دعاه من ذلك لم ذكرنا وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها وإن اعترف بهما لكان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .

لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما شاة التي في يده صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قل هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لا في الملك وإن ادعى واحد منهما أن الشاتين له دون صاحبه وأقاما بينتين فارضتا وأنبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما ما في يده الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها إذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده

(فصل) إذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاه عمرو على زيد وأقام بها بينة فإن قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لأن بينة زيد مقدمة عليها وإن قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع ؟ فإن كان حكم بها لزيد لأن عمره لا بينة له ردت إلى عمرو لأنه قد قامت له بينة واليد كانت له وإن كان حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضا وردها الحاكم ففسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضا لأن الفاسق إذا شهد عند الحاكم بشهادة فردها لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لأنه حكم حاكم الأصل جريانه على الصحة والعدل فلا ينقض بالاحتمال وإن جاء ثالث فادعاه وأقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان ولا

(فصل) وإذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان قال أحدهما آجرتكما وقال الآخر هي داري اعرتكما أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرها صاحب اليد وقال هي داري فالقرل قوله مع يمينه وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فإن بينة من ادعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب وإن أقام أحدهما بينة أنه غصبها منه وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهي للعصوب منه ولا تعارض بينهما لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره وإقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى العصوب منه ولا يفرم للمقر له شيئاً لأنه ماحل بينه وبينها وإنما حالت البينة بينهما ولو أقر بها لأحدهما أو أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من أقر له بها أولاً ولزمه غرامتها للآخر لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول .

(فصل) نقل ابن منصور عن أحمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم يدرئهما ثوب هذا من ثوب هذا فادعى أحدهما ثوباً من هذين الثوبين يعني وادعاه الآخر يقرع بينهما فأبهما أصابته اقعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عيناً في يد غيرهما .

يحتاج زيد إلى إقامة بينة لأنها قد شهدت مرتدوها سواء في الشهادة حل امتناع فلم يستج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حلالها ثم بانت عدائتها فإنها تقبل ويحكم بها من غير إعادة شهادتهما كذا ههنا

(فصل) وإذا كان في يد رجل شاة فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده أنها في يديه منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهي للمدعي بغير خلاف لأن بينته تشهد له بالملك وبينته الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لا يمكن الجمع بينهما بأن تكون اليد عن غير ملك فكانت بينة الملك أولى وإن شهدت بينته بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحاً تقديم التاريخ من بينة الداخل وكون الأخرى بينة الخارج ففيه روايتان (إحداهما) تقدم بينة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقضيه عموم كلام الحرقى لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على الدعي» ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيد اليد فاشبهت الصورة الأولى (والثانية) تقدم بينة الداخل وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها تضمنت زيادة وإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج إلا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها

فصل إذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي اشتريتها من زيد بمائة وتقدمت إياها ولا بينة لواحد منهما فإن أنكرهما زيد حلف وكانت العين له وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف للآخر وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وإن قال لا أعلم لمن هي منكما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها وإن حلف البائع أنها له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه ثم إن أقر بها للآخر نزلته غرامتها له وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة نظرنا فإن كانت البيعتان مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل أن يدعي أحدهما أنه اشتراها في المحرم وادعى الآخر أنه اشتراها في صفر وشهدت بيعة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للاول لأنه ثبت أنه باعها للاول فزال ملكه عنها فيكون بيعه في صفر باطلا لكونه باع ما لا يملكه ويطلب برد الثمن وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين أو أحدهما مطلقة والآخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فإن كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على الخلاف في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها للخارج وإن كانت في يد البائع قلنا تسقط البيعتان رجع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر وإن أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم تكن لهما بينة وإن قلنا لا تسقط البيعتان لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه وهذا.

قولان فإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فإن اتفق تاريخ البيعتين إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج أو شراء أو غنيمة أو ارث أو هبة من مالك أو قطعة من الامام أو سبب من اسباب الملك ففي أيهما يقدم روايتان ذكرناهما فإن ادعى أنه اشتراها من الآخر قضى له بها لأن بينة الابتاع شهدت بأمر حادث خفي على البيعة الأخرى فقدمت عليها كما تقدمت بينة الجرح على التبعيد

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (القسم الثاني أن تكون العين في أيديهما فيتحالفاً وتقسم بينهما) وبجملته ذلك أنه إذا تنازع نفسان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها له دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لأنهم في هذا خلافاً لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فكذلك لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد الآخر بنكوله أو بيمينه التي ردت عليه بنكول صاحبه، وإن كان لأحدهما بينة دون الآخر حكم له بها بغير خلاف علمناه لأنه يرجع بالبينة

﴿مسألة﴾ (وإن تنازعا سنة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفاً وهي بينهما)

لأنها حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه كما لو تنازعا حائطا بين داريهما وفي كل موضع قلنا

وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لأنه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لاحق لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر شيئاً سوى هذا ومن قال تقسم بينهما قسمت وهذا ذكره أبو الخطاب وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام البيعة أنه اشترى ساعة بمائة وأقام الآخر بيعة أنه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق النصف من الساعة بنصف الثمن فيكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على أن البائع أقرها جميعاً وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب

فعلى هذا إن كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بتبضه فلكل واحد منهما الخيار لان العسقة تبعضت عليه فإن اختارها الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وإن اختارها الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلامة كلها على الآخر إلا أن يكون الحكم قد حكم له بنصف السلامة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعي في كل مبيع

(فصل) فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقام كل واحد منهما بدعواه بيعة فنهذه تشبه التي قبلها في المعنى فإن كانت في

هو بينهما نصفين، إنما يخلف كل واحد منهما على النصف الذي يجعله له دون ما لا يحصل له
(مسئلة) (وان تنازعا ضيقاً في أيديهما فكذلك)

لان أيديهما عايه واليد دليل الملك والطفل لا يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والتاع إلا أن يعترف أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لان اللقيط محكوم بحريته فاما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فعلى هذا إذا بلغ فادعى الحرية لم تسمع دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه فاما ان كان مميزاً فقال إني حر منها منه إلا ان تقوم بيعة برقه لان الظاهر الحرية وهي الاصل في بني آدم والرق طارئ عليها فان كان له بيعة قدمت البيعة لانها تقدم على الاصل لانها تشهد بزيادة ويحتمل أن يكون كالطفل فيكون بينهما لانه غير مكلف أشبه الطفل والاول أولى لان المميز يصح تصرفه بالوصية ويلزم بالصلاة أشبه البالغ ولانه يعرب عن نفسه في دعوى الحرية أشبه البالغ فاما البالغ إذا ادعى رقه فأُنكر لم يثبت رقه الا ببينة وان لم تكن له بيعة فلقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا مذهب الشافعي وأبي نور وأصحاب الرئي فان ادعى رقه اثان فأقر لها بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فأعترف لأحدهما فهو ان اعترف له وبه قال الشافعي وقل ابو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه فاشبه الطفل والثوب ولنا أنه إنما ثبت رقه باعترافه فكان مملوكا لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه وبخالف الثوب

يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الداخل والخارج وإن كانت في يديهما قسمت بينهما لأن بينة كل واحد منهما داخلية في أحد النصفين خارجة في النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فانكرها وادعاهما لنفسه فإن قلنا تسقط البيئتان حلف وكنة له وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر له بمد أن يملك أنها له وإن قلنا تقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع بيئته، وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس المقد أو كان المشتري مقراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من السكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لأن "بائع اثنان بخلاف التي قبلها

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم في هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه على ماضي من التفصيل فيه . وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما تعارضتا ، وإن قدم تاريخ أحدهما قبل ترجيح بذلك على وجهين فاما إن شهدت البينة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما لزمه دفعها إلى الذي أقر له بها أولاً ويفرم قيمتها للآخر

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بالف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما

والطفل فإن الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيها وهما حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان محتصاً به فإن أقام كل واحد بينة أنه مملوكة تعارضتا وسقطتا ويقرعه بينهما أو يقسم بينهما على ما مر من التفصيل فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر وإن اعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له وإن أقر لهما معاً فهو بينهما لأن البيئتين سقطتا فصارتا كالمعدومتين وإن قلنا بالقرعة أو بالقسمة فانكرها لم يلتفت إلى إنكاره فإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه لأن رقه ثابت بالبينة فلم يبق له يد على نفسه كقولنا فيما إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح باقراره

﴿مسئلة﴾ (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها لأنه ترجح بالبينة وإن كان لكل واحد منهما بينة قدم أسبقهما تاريخاً ذن وقت أحدهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ويحتمل تقديم المطلقة)

أما إذا أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وأبو نور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بيعير فأقام كل واحد منهما شاهدين ففضى رسول الله ﷺ بالبيعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولأن كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج في نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما

مثل أن يقول كل واحد منهما اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فها متعارضتان فإن قلنا تسقطان رجع إلى قول المدعى عليه فإن أنكرهما حلف لهما وبرى وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر، وإن أقر لهما معاً فعليه لكل واحد منهما الثمن لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه. وإن قل اشتريتها منك صفقة واحدة بالف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله أن يحلفه على الباقي وإن قلنا يقرع بينهما فن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للآخر ويرى وإن قلنا تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو أشدهما مطلقة والآخرى مؤرخة ثبت المقدان ولزمه الثمنان لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البيئتين والجمع بينهما وجب تصديقهما، فإن قيل فلم قلتم أنه إذا كان البائع واحداً والمشتري اثنان فاقام أحدهما بيئة أنه اشتراها في المجرم واقام الآخر بيئة أنه اشتراها في صفر يكون الشراء الثاني باطلاً؟ قلنا لأنه إذا ثبت الملك الأول لم يبطله بأن يبيعه الثاني ثانياً وفي مسئلتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لأنه لا يجوز أن يشتري ثانياً ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ماله من له فافتراء، فإن قيل فإذا كانت البيئتان مطلقتين أو أحدهما مطلقة احتمل أن يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة الشهود عايه فلا تشتغل بالشك قلنا أنه متى أمكن صدق البيئتين وجب تصديقهما وإلا

فيما في يده عند من يقدم بيئة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بيئة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين.

﴿مسئلة﴾ (وإن كانت إحداها متقدمة التاريخ وحكم بها له مثل أن تشهد أحداها أنها له منذ سنة وتشهد الأخرى أنها للآخر منذ سنتين فيقدم أسبقهما تاريخاً)

قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البيئة الأخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البيئتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تحت استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته وظاهر كلام الحنفي المتسوية بينهما وهو أحد قولي الشافعي ووجهه أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول بدليل أنه لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه إياه لقد تمت بيئته اتفاقاً فإذا لم يرجح بها فلا أقل من التساوي وقولهم إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من غير معارضة قلنا إنما يثبت تبعاً لثبوتها في الحال ولو انفرد بأن يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته

﴿مسئلة﴾ (فإن وقتت إحداها وأطلقت الأخرى فهما سواء) ذكره القاضي ويحتمل أن يحكم به لمن يوقت قانه أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد

يكن ثم شك وإنما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البيينة لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلاً لأنه ما من بيينة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمة أو معارضة ولم يلتفت إلى هذا الوهم كذا ههنا (فصل) وإذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا العلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه وشهد آخران لا آخران هذا العلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب العلامين منه ويكون الأثر بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بيينة ما لم تعلمه الأخرى

(فصل) وإذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بيينة لهما فأنكرهما حلف لهما والعبد له وإن أقر لاحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر وإن أقام أحدهما بيينة بما ادعاه ثبت وإن أقام كل واحد منهما بيينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع، لأن بيع الحر لا يباح وإن سبق البيع لم يصح العتق لأنه اعتق عبد غيره فإن قيل يحتمل أنه عاد إلى ملكه فاعتقه قلنا قد ثبت الملك المشتري فلا يبطله عتق البائع، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مضمتين أو أحدهما مطابقة تعارضاً لأنه لا ترجيح لاحدهما على الأخرى إن كان في يد المشتري انتهى ذلك على الخلاف في تقديم بيينة الداخل والخارج فإن قدمنا بيينة الداخل فهو للمشتري وإن قدمنا بيينة الخارج قدم العتق لأنه

ولنا أنه ليس في إحداها ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواءهما كما لو أدلتا أو استوى تاريخهما

﴿مسألة﴾ (وإن شهدت أحدهما بالملك والأخرى بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل يرجح بذلك؟ على وجهين).

(أحدهما) لا يرجح به وهو اختيار الخراقي لأنهما تساوتا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم

(والثاني) تقدم بيينة النتاج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عابها ذلك فيحتمل أن تكون شهادتها مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها كتقديم بيينة الجرح على التعديل، وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرها.

﴿مسألة﴾ ولا تقدم أحدهما بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشاهدان على الشاهد والمين في أحد الوجهين

لا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد واشتهار العدالة وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويتخرج أن يرجح بذلك مأخوذاً من قول الخراقي ويقدم الأعمى أو ثقهما في نفسه وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ولأنها خبر ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالشهود به

خارج وإن كان في يد البائع وقلنا إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما ويرجع إلى السيد فإن أنكرها حلف لهما وإن أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لأنه لو أقر بأنه ما عتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في أحلافه ويحلف البائع للمشتري وإن أقر للمشتري ثبت الملك ولم يحلف العبد لأنه أنه لو أقر أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة في أحلافه، وإن قلنا يستعملان فاعترف لاحدهما لم يرجح باعترافه لأن ملكه قد زال وإن قلنا ترجح إحدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قل أبو بكر هذا قياس قول أبي عبد الله فلي هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين وإن قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسري العتق إلى جميعه إن كان البائع موسراً لأن البينة قامت عليه بأنه أعتقه مختاراً وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما

(فصل) إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل إقرارها لأنها أقرت على نفسها وهي غير متهمّة فإنها لو أردت ابتداء النكاح لم تمنع منه وإن ادعاهما اثنان فأقرت لاحدهما لم يقبل منها لأن الآخر يدعي ملك نصفها وهي مترفة أن ذلك قد ملك عليها فصار إقرارها بحق غيرها ولأنها متهمّة فإنها لو أردت ابتداء تزويج أحد المدّعين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فإن قيل فلو ادعيا عينا في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك بإقراره في العين وإنما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار به ههنا فإن كان لأحد

وإذا كثر العدد أوقويت العدالة كان الظن أقوى وقلنا لا وزاعي تقسم على عدد الشهود فإذا شهد لاحدهما شاهداً وللآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً لأن الشهادة سبب الاستحقاق فتوزع الحق عليها ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة متفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكور؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لأن كل واحدة من البينتين حجة في المال فإذا اجتمعتا تعارضتا فما إن كان لاحدهما شاهداً وللآخر شاهد فبذل بمينه معه فقيه وجهان :

(أحدهما) يتعارضان لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فاشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين (والثاني) يقدم الشاهدان لأنهما حجة متفق عليهما والشاهد واليمين مختلف فيهما ولأن اليمين قوله لنفسه والبيئة الكلمة شهادة الأجانبين فوجب تقديمهما كتقديمهما على يمين النكر وهذا الوجه أصح إن شاء الله تعالى وللشافعي قولان كالوجهين

﴿مسألة﴾ وإن تساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما بغير يمين وعنه أنهما يتحدان كمن لا بينة لهما وعنه أنه يقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف وأخذها

المتداعين بينة حكم له بها لان البينة حجة في النكاح وغيره وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعين باقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لان اليد لا تثبت على حرة ولا سبيلا الى انقصة ههنا ولا الى القرعة لانه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها في النكاح

(فصل) اذا قال السيد لعبده ان قتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم لان الأصل عدم القتل، فإن أقام بينة بدعواه عتق وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لانها تشهد بزيادة وهي القتل (والثاني) تعارضان لان احدهما تشهد بضد ما شهدت به الاخرى فيبقى على الرق وإن قال ان مات في رمضان فعبدى سالم حر وإن مات في شوال فعبدى غنم حر ثم مات فادعى كل واحد منهما موته في الشهر الذي يعتق بموته فيه وأنكرهما الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم، وإن اقرروا لاحدهما عتق باقرارهم وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فنيده ثلاثة أوجه

(أحدها) تقدم بينة سالم لان معها زيادة فلم فيها أثبتت ما يجوز ان ينحى على البينة الاخرى وهو موته في رمضان

وجملة ذلك ان البينتين إذا تساوتا تعارضتا وقسمت العين نصفين لما ذكرنا من حديث أبي موسى وما ذكرناه من المعنى. واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ روي انه يحلف وهو الذي ذكره الخري لان البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطهما كالخبرين إذا تعارضتا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على ان اليمين تجب على الداخل مع بينته ويحلف معها

والرواية الاخرى: تقسم بينما العين من غير يمين وهو قول مالك وأبي حنيفة والقول الثاني للشافعي وهو أصح ان شاء الله للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين لان كل بينة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا ان البينة يحكم بها من غير يمين وفيه رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له لاحق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرهما ذكر هذه الرواية أبو الخطاب والاولى أصح ان شاء الله تعالى للخبر والمعنى.

﴿مسألة﴾ (وإن ادعى أحدهما انه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى تقول وهي ملكه وتشهد البينة به)

(والثاني) يتعارضان ويبقى العبدان على الرق لأنها سقطا فصارا كمن لا بينة لهما
(والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة ، وإن قال إن برئت من مرضي هذا فسالم حر
وإن مت منه فقامت حرقات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة
عتق لأنه لا يخلو من أن يكون برىء أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج
بالقرعة كما لو اعتق أحدهما فأشكك علينا ويحتمل أن يقدم قول غانم لأن الأصل عدم البرء ، وإن
أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب
الشافعي لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى وتثبت زيادة تنفيها الأخرى ولا يصح هذا القول
لأن التعارض أثره في إسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلا لعتق أحدهما فكذلك إذا سقطتا وذلك
لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو
قال إن كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وإن لم يكن غرابا فقة نم حر ولم يعلم حاله ولا يمكن بحتمل وجهين
(أحدهما) أن يقرع بينهما كما في مسألة الطائر لأن البينتين إذا تعارضا قدمت أحدهما بالقرعة في
رواية (والثاني) تقدم بينة سالم لأنها شهدت بزيادة وهي البرء وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بأقرارهم
ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق
وحده إذا لم تكن للآخر بينة

(فصل) وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه

وجملة ذلك أنه متى كان في يد رجل عين فادعى آخر أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وانما بذلك بينة
حكم لبها لأنه ابتاعها من مالكها وكذا إن شهدت أنه باعها ياها وسلمها إليه حكم له بها لأنه لم يسلمها إليه
إلا وهي في يده وإن لم يذكر إلا التسليم لم يحكم بها لأنه يمكن أن يبيعه مالا يملكه فلا يزال صاحب
اليدها فادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي
ملكه وأقاما بذلك بينتين تعارضتا فإن كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة
الخارج والداخل فإن كانت في أيديهما قسمت بينهما لأن بينة كل واحد منهما داخلية في أحد النصفين
خارجة عن النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرها وادعاهما لنفسه فإن قلنا تسقط
البينتان حلف وكانت له وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر بعد أن يحلف أنها له وإن قلنا
يقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه وإن قلنا تقدم بينهما قسمت ورجع كل أحد
منهما بنصف منها فإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد أو كان المشتري مقرراً بقبضه
فلا خيار لو جد منها ولا الرجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من

في مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله فأقام كل واحد منهما بدعواه بيعة فلا تعارض بينهما لأن ما شهدت به كل بيعة لا ينفي ما شهدت به الأخرى ولا تكذب أحدهما الأخرى فيثبت اعتاقه لهما ثم ينظر فإن كانت البيعتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثاني إلا أن يجز الورثة لأن الرض إذا تبرع به زعات يجر ثلثه عن جميعها قدم الأول فلاول وإن اتفق تاريخهما أو أطلعتا أو أحدهما فهما سواء لأنه لا مزية لأحدهما على الأخرى فيستويان ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر إلا أن يجز الورثة لأنه لا يخلو إما أن يكون اعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في أمية السنة الذين اعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن لأمال غيرهم أو يكون اعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج باقرعة كما في مسألة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه وهو قول للشافعي لأنه أقرب إلى التعديل بينهما فإن في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق المرق وفي القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للمرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تمارضت به بيتان والأول المذهب لأنه لا يخلو من شبهة باحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما وقولهم إن في القرعة أحمال إرقاق نصف الحر قلنا وفي القسمة أرفاق نصف الحر قيناً وتحرير نصف الرقيق

الملك والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لأن البائع اثنان والله أعلم

﴿مسألة﴾ (وإن أقام أحدهما بيعة أنها ملكه وأقام الآخر بيعة أنه اشتراها أو اعتقه قدمت بيعة الثاني) لأنها تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بيعة الملك ولا تمارض بينهما فيثبت الملك للأول والشراء منه لثاني.

﴿مسألة﴾ (وإن أقام رجل بيعة أن هذه الدار لابي خلفها تركه وأقامت امرأته بيعة أن لياه أصدقها إياها فهي للمرأة) لما ذكرنا

﴿فصل﴾ قل رضي الله عنه (القسم الثالث تداعيا عينا في يد غيرهما فإنه يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وأخذها)

وجملة ذلك أن الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولا بيعة لهما فأنكرها فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف ، وإن اعترف أنه لا يملكها وقال لا أعرف صاحبها أو قال هي لأحدكما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه لما روى أبو هريرة أن رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بيعة فأمرهم النبي ﷺ أن يمتنهما على الممين أحبا أم كرها رواه أبو داود ، ولأنهما تساويا في الدعوى ولا بيعة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو اعتق عبدا إلا مال له غيرهم في مرض موته

يقيناً وهو اعظم ضرراً وان كانت قيمة احدهما اثاث وقيمة الآخر دون اثاث فكان الاول او الذي خرجت قرعته الثلث عتق ورق لآخر وإن كان هو الناقص عن اثاث عتق وعتق من الآخر تمام اثاث وإن كان لاحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينته ذسقة عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر ، وان كان لكل واحد منهما بينة عادلة إلا أن احدهما تشهد انه أعتق سالماً في مرضه والاخرى تشهد بانه وصى بعتق غنم وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غنم على إجزاء الورثة ، لان التبرع يقدم على الوصية وان كان سالم أثل من الثلث عتق من غنم تمام اثاث وإن شهدت احدهما انه وصى بعتق سالم وشهدت الاخرى انه وصى بعتق غنم فهما سواء ويقرر بينهما سواء اتفق تاريخها أو اختلف لان الوصية يستوي فيها المتقدم والتأخر وقل أبو بكر وابن أبي موسى يمتنع نصف كل واحد منهما بغير قرعة ، لان القرعة إنما تجب إذا كان احدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب ان تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لاثني بمال والاول قياس المذهب ، لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت انه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت ، ولان المعنى المقتضي لتكثير العتق في احدهما في الحياة . وجود بد المات فيثبت فأما إن صرح فقل اذا مات فنصف كل واحد من سالم وغنم حر أو كان في لفظه ما يقتضيه أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه

﴿ مسألة ﴾ (فان كان المدعى عبداً فآخر لاحدهما لم يرجح باقراره)

لانه محجور عليه أشبه الطفل فان كانت لاحدهما بينة حكم له بها بغير خلاف لعلمه .

﴿ مسألة ﴾ (وان كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب)

(احدهما) تستط البينتان ويقرر امتداعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة هذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ذكر القرعة ولم يفرق بين ان تكون معها بينة أو لم تكن روي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولي الشافعي لما روى ابن المسيب ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في امرأة وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البيتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحدهما على الأخرى فسقطتا كالظهيرين

(والرواية الثانية) تستعمل البينتان وفي كيفية استعمالهما روايتان (احدهما) تقسم اليمين بينهما وهو قول الحارث العملي وقتادة وابن شبرمة وحماة وأبي حنيفة وقول للشافعي لما ذكرنا من حديث أبي موسى ولانهما تساويا في دعواه فتساويا في قسمته (والرواية الثانية) تقدم احدهما وهو قول للشافعي وله قول رابع بوقف الامر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم اذا لم يتضح الحكم له في قضية

(فصل) فان خلف المريض ابنين لاوارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد أجنبيان انه اعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الابنان في شهادتهما وكانت البيتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما اذا كانا أجنبيين سواء لانه قد ثبت أن الميت أعتق العبدان فان طعن الاثنان في شهادة الاجنبيين وقلا ما اعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله انما أعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بيينة عادلة مثبتة والاخرى نافية وقول الميت يقدم على قول الثاني ويكون حكم ما شهدت به حكم ما اذا لم يطعن الورثة في شهادتهما في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه او خرجت القرعة ويرق اذا تأخر تاريخه او خرجت القرعة لغيره واما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعتاقه وحده واستحقاقه للحرية ، وهذا قول القاضي وقيل يعتق ثلثه ان حكم بعق سالم وهو ثلث الباقي ، لأن العبد الذي شهد به الاجنبيان كانه صوب من التركة وكالذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلث غنم والاول أصح لان المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من اثلث قبل موته فان كان الابنان فاسقين ولم يردها شهادة الاجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان لفساده لان شهادة الفاسق كمدمها فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت بيينة عادلة وقد أقر الابنان بعق غنم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا في التي قبلها ، وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت

ولنا خبر أبي موسى وخبر ابن السيب ولان تعارض الحبطين لا يوجب التوقف كالحبرين بل اذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا الى دليل غيرهما اذا ثبت هذا . فأما اذا أسقطنا البينتين أقرعنا بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها كما لو لم تكن لها بيينة ، وان قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البيينة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع بيئته ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالاولى وانما يظهر اختلاف الحكم في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان أنكرها من العين في يده وكانت لاحدهما بيينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بيينة فان قلنا تستعمل البيئتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى اقسمة وتدفع الى من تخرج له القرعة عند من يرى ذلك ، وان قلنا تسقط البيئتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بيينة ﴿ مسألة ﴾ (وان أقر صاحب اليد لاحدهما لم يرجح باقراره اذا قلنا لا تسقط البيئتان)

لانه قد ثبت زوال مادته فصار كلاجنبي وان قلنا بسقوطهما فأقر بها لهما أو لاحدهما قبل اقراره ، فأما ان أقر بها في الابتداء لاحدهما صار القدر له صاحب اليد لان من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وان أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك

القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الابنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يعتق نصفه في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبيعة العادلة فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه وهذا لا يصح فإنه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة لانه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البيعة لا يعتق منه شيء ولو كانت بينه عادلة فمع فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة الاجنبية فقالت ما أعتق غانما انما أعتق سالما عتق العبدان وقيل يعتق من سالم ثالثهم والاول أولى

(فصل) فان شهد عدلان أجنبيان انه وصى بعق سالم وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعق سالم ووصى بعق غانم وقيمتها سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم لانهما لا يخرجان إلى أنفسهما فلو يدفعان عنها ضرراً فن قل فهما يثبتان لأنفسهما ولأولاه غانم قلنا وهما يسقطان ولأولاه سالم وعلى ان الولاء اثبات سبب الميراث وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل مالو شهدا بعق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولهما ولاؤدولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الارث لهما وتقبل شهادة المرأة لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما اقرارهما انهم فيعتق سالم بالبيعة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتقاده وحده

﴿ مسألة ﴾ (وان ادعاهما صاحب اليد لنفسه رقلنا بسقوط البيتين حلف لكل واحد منهما وهي له وهو قول القاضي)

لانه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » وقول أبو بكر بل يقرع بين المدعين فتكون ان تخرج له القرعة وهذا ينبغي على ان البيتين اذا تعارضتا لا يسقطان فرجحت احدى البيتين بالقرعة كما لو أقر صاحب اليد انها لاحدهما لا يلزمه بيمينه (فصل) اذا تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لا عرفه عينا أو قل لا أعرف صاحبها أو هو أحدكما أو غيركما أو قل أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عينا فادعى كل واحد منهما انك تلم اني صاحبها أو اني أنا الذي أودعتها وطالب بيمينه لزمه أن يخاف له لانه لو أقر له لزمه تسليمها اليه ومن لزمه الحق مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على مادعاه من نفي العلم وإن صدقه فلا يمين عليه ، وان صدقه أحدهما حلف الآخر وإن قربها لاحدهما أو لغيرها صار المقر له صاحب اليد فان قل غير المقر له احلف لي ان العين ليست ملكي أو اني لست الذي أودعها لزمته اليمين على مادعاه من ذلك لما ذكرنا وإن نكل عن اليمين قضي عليه بقيمتها وإن اعترف لما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداءً وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .

(فصل) اذا كان في يد رجل دار فادعاهما نفسان فقال أحدهما أجرتكما وقال الآخر هي داري

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثاه لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة ولما ان الوارثة تقر بانه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم انما كان بشهادتها بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه وفقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بينة عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غنم في مرضه وانه لم يمتق سالما ان غانماً يمتق كله وهذا مثله فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمة فنرد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمةها سواء أو شائعة فيعتق ان خرجا من الثلث وإن لم يخرج من الثلث أفرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت احدي الوصيتين على الاخرى أو استوتا لان المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بينة عادلة انه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى انه رجع عن

أعرتكها أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأذكرها صاحب اليد فالقول قوله مع يمينه ، وان كن لاحدهما بينة حكم له بها فان اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه تمارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فان بينة من ادعى انه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب ، وان أقام احدهما بينة انه غصبه إياها واقام الآخر بينة انه اقر له بها فهي المغصوب منه ولا تمارض بينهما لان الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا واقربها لغيره واقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع الى المغصوب منه (فصل) نقل ابن منصور عن احمد في رجل اخذ من رجلين ثوبين احدهما بعشرة والآخر

بمشين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من هذا فادعى احدهما ثوبا من هذين اثوبين وادعاه الآخر يقرع بينهما فأيهما اصابته القرعة حلف واخذ الثوب الجديد والآخر للآخر وانما قال ذلك لانهما تنازعا عينا في يد غيرهما .

(فصل) اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي استدنتها من زيد بمائة ونقدته إياها ولا بينة لواحد منهما فان أنكرهما زيد فهي له مع يمينه وان أقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر وان أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وان قال لأعلم لمن هي أفرع بينهما فن خرجت له القرعة حلف واخذها وان حلف البائع له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه وان أقر بها للآخر

الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلاث ماله وشهدت بيعة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلاث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البيعتان من الورثة أو لم تكن لأنه لا تهمه في حقهم وإن كانت شهادة البيعة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئاً لأنه قد ثبت بالبيعة الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهي إحدى الوصيتين فعلى هذا ثبتت الوصية لعمرو وإن كانت البيعة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضي لا تصح الشهادة وهذا مذهب الشافعي لأنهما لم يعينا الشهود عليه وبصير كالأول لا نشهد أن لهذا على أحد مدين ألفاً وإن لأحد هذين على هذا ألفاً ويكون للثالث بين الجميع أثلاثاً

وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرعه بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته وهذا قول ابن أبي موسى وإذا صح الرجوع عن أحدهما بغير تعيين صحت الشهادة به كذلك ووجه ذلك أن الوصية تصح بالجهول وتصح الشهادة فيها بالجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته (فصل) وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلاث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلاث ماله أنبئني هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا؟ فيه وجهان

لزمته غرامتها له وإن أقام كل واحد منهما بيعة بما ادعاه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل أن يدعي أحدهما أنه اشتراها في المحرم وادعى الآخر أنه اشتراها في صفر وشهدت بيعة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي الأولى لتقدم بيئته بانه باعها منه أولاً وزال ملكه عنها فيكون بيع الثاني باطلاً لكونه باع مالا يملكه ويطالب برد الثمن وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقة والآخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فإن كانت في يد أحدهما أنبئني ذلك على بيعة الداخل والخارج فمن قدم بيعة الداخل جماعاً لمن هي في يده ومن قدم بيعة الخارج جعلها له وإن كانت في يد البائع وقلنا تسقط البيعتان رجع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر وإن أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم يكن لهما بيعة وإن قلنا لا تسقط البيعتان لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لأنه قد ثبت زوال ملكه وإن يده لاحكم لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر غيره وقال أبو الخطاب يقسم بينهما وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام بيعة أنه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بيعة أنه اشتراها بما تثنى فكل واحد منهما يستحق نصف السلعة بنصف الثمن ويكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على أن البائع أقر لهما

(أحدهما) يعارضهما فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين

(والثاني) لا يعارضهما لان الشاهدين اقوى فيرجحان على الشاهد واليمين فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة، فأما ان شهد واحداً أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلاثه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو، والفرق بين المسئلتين أن في الاولى تقابل البيئتان فقدمنا اقواهما وفي الثانية لم يتقابلا وإنما ثبت الرجوع وهو ثابت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

«مسئلة» قال (ولو كان في يده دار فادعاه رجل فأقر بها لغيره فإن كان المقر له بها حاضر اجعل الخصم فيها وان كان غائباً وكانت للمدعي بينة حكم بها للمدعي بينته و كان الغائب على خصومته متى حضر)

وجملته أن الانسان اذا ادعى داراً في يد غيره فقال الذي هي في يده ليست لي إنما هي لفلان وكان المقر له بها حاضراً سئل عن ذلك فإن صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لان من

جميعاً واطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب فعلى هذا ان كان البيع مما لا يدخل في ضمان المشتري الا بقبضه فكل واحد منهما الخيار لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وان اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وان اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر الا ان يكون الحكم قد حكم بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الاخر اليه وهذا قول الشافعي في كل موضع

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم انه غصبها منه واقام بذلك بينة فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما: إني اشتريتها منه على ماضى من التفصيل فيه **مسئلة** (وان كان في يد رجل عبد فادعى انه اشتراه من زيد فادعى العبد ان زيدا أعتقه وأقام كل واحد بينة انبني على بينة الداخل والخارج فان كان العبد في يد زيد فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى عينا في يد غيرهما)

إذا ادعى رجل عبداً في يد آخر انه اشتراه منه وادعى العبد ان سيده أعتقه ولا بينة لهما فانكرهما حلف لهما والعبد له فان أقر لاحدهما ثبت ما أقر به ويحلف للآخر وان أقام احدهما بينة بما ادعاه ثبت وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانا مؤرختين بتاريخين

هي في يده اعترف أن يده ناثبة عن يده واقرار الانسان بما في يده اقرار صحيح فيصير خصما للمدعي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة فلقول قول المدعي عليه مع يمينه وان قال المدعي احلفوا لي المقر الذي كانت العين في يده انه لا يعلم انها لي فعليه اليمين لانه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم كما لو قال هذه العين لزيد ثم قال هي لعمر وفانها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمر ومن لزمه الغرم مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، فان رد المقر له الاقرار وقال ليست لي وانما هي للمدعي حكم له بها وان لم يقل هي للمدعي ولا كن قال ليست لي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة ففيه وجهان

(أحدهما) تدفع الى المدعي لانه يدعيها ولا منازع له فيها ولان من هي في يده لو ادعاه ثم نكل قضينا بها للمدعي فمع عدم ادعائه لها اولى

(والثاني) لا تدفع اليه لانه لم يثبت لها مستحق لان المدعي لا يد له ولا بينة وصاحب اليد معترف أنها ليست له فيأخذها الامام فيحفظها لصاحبها وهذا الوجه الثاني ذكره القاضي والاول اولى لما ذكرنا من دليله ولاصحاب الشفعي وجهان كهذين ووجه ثالث ان المدعي يحلف أنها له وتسلم اليه ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين اذا نكل المدعي عليه، وان قال المقر له هي لثالث انتقلت الخصومة اليه وصار بمنزلة صاحب اليد لانه أقر له بها من اليد له حكما وأما ان أقر بها المدعي عليه لمجهول قيل له ليس هذا بجواب فان اقررت بها لمعروف والا جعلناك ناكلا

مختلفين قدمنا الاول وبطلت الاخرى لانه ان سبق العتق لم يصح البيع وان سبق البيع لم يصح العتق لانه أعنى عبد غيره فان قيل يحتمل انه عاد الى ما كانه فاعتقه قلنا قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع، وان كتمان مؤرختين بتاريخ واحد او مؤلفتين او احدهما مطلقه تعارضتا لانه لا ترجيح لاحدهما على الاخرى فان كان في يد المشتري انبني ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فان قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وان قدمنا بينة الخارج قدم العتق لانه خارج وان كان في يد البائع وقلنا ان البيتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا ينة لهما فان انكرها حلف لهما وان اقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو اقر بأنه ما عتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه وان قلنا ترجح احدي البيتين بالقرعة قرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قال ابو بكر هذا قياس قول ابي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في احد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعا ونصفه حرا ويسري العتق الى جميعه ان كان البائع موسرا لان البينة عليه انه اعتقه مختارا وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما

﴿مسئلة﴾ (وان كان في يده عبد وادعى عليه رجلان كل واحد منهما انه اشتراه بثمن سماه فصدها لزمه الثمن لكل واحد منهما وان أنكرها حلف لهما ويرى وان صدق أحدهما لزمه ما ادعاه وحلف للآخر

وقضينا عليك فإن أضر قضي عليه بالذكول وإن أقر بها لغائب أو لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه فإن لم تكن للمدعي بينة لم يقض له بها لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفاً فتكون الخصومة معه فإن قال المدعي أحلفوا لي المدعي عليه أحلفناه لما تقدم وإن أقر بها للمدعي لم تسلم إليه لأنه اعترف أنها لغيره ويلزمه أن يقرم له قيمتها لأنه فوتها عليه بإقراره بها لغيره وإن كان مع المدعي بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدم في بينة المدعي وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعي وإن أقام بينة أنها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج فإن قلنا تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لأن البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وإنما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لي ويتمخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل وإن للمودع الخاصة في الردعة إذا غضبت ولا تنها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي إذا لم تعارضها بينة أخرى فإن ادعى من هي في يده أنها معه باجارة أو عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين (أحدهما) أن ثبوت الاجارة والعارية يترتب على

وإن كان لأحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر وإن كان لكل واحد منهما بينة وأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو إطلاقهما أو إطلاق إحداهما وتاريخ الأخرى عمل بهما وإن اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ما تقدم وإن كان في يدانسان عين فادعى عليه رجلان كل واحد منهما أنك اشتريته مني بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما مثل أن يقول اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فمما تعارضتان فإن قلنا يسقطان رجع إلى قول المدعي عليه فإن أنكرهما حلف لهما وبرى وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر وإن أقر لهما فعليه لكل واحد منهما الثمن لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهم ثم يبيعها للآخر ويشتريها منه وإن قل اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله أن يحلف على الباقي وإن قلنا يقرع بينهما وجب الثمن لمن تخرج له القرعة ويحلف للآخر ويبرأ وإن قلنا يقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطابقة ثبت العقدان ولزمه اثنتان لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما فإن قيل فلم قلتم أن البائع إذا كان واحداً والمشتري اثنان فأقام أحدهما بينة أنه اشتراه في المحرم وأقام الآخر بينة أنه اشتراه في صفر يكون الشراء الثاني باطلاً قلنا أنه إذا ثبت الملك للأول لم يبطله بأن يبيعه للثاني ثانياً

الملك للمؤجر بهذه البيئة فلا تثبت الاجارة المترتبة عليها (والثاني) أن بيئة الخارج مقدمة على بيئة الداخل وبخروج القضاء بها على تقديم بيئة الداخل وكون الحاضر له فيها - ق فانه يقضي بها وجهاً واحداً ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه لانه أقر بانه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن اقراره والحكم في غير الحكم كالحكم في الغائب على ما ذكرنا

(فصل) واذا طلب المدعي ان يكتب له محضراً بما جرى لزمته إجابته فيكتب له محضراً حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام فلان بن فلان الفلاني او خايفة القاضي فلان بن فلان إن كان نائباً، فلان بن فلان الفلاني واحضر معه فلان بن فلان الفلاني فادعى داراً في يديه ويعينها ويدكر حدودها وصفتها فاعترف بها المدعى عاية لفلان بن فلان الفلاني وهو حينئذ غائب عن بلد القاضي فأقام المدعي بيته وهي فلان بن فلان الفلاني وفلان بن فلان الفلاني فشهدا عنده للمدعي بما ادعاه وعرف الحاكم عدالتهما بما يسوغ معه قبول شهادتهما أو شهد عنده بعد التهما فلان وفلان فقبل شهادتهما فقضى بها على الغائب جمل كل ذي حجة على حجة فان كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد وقدم الغائب المقر له بهما فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعي عن دعواه وإن أقام عند حضوره بيته زاد وأقام بيته وكانت بيته المدعي مقدمة على بيته لانها بيته خارج

وفي مستأنثا ثبوت شرائه من كل واحد منها يبطل ملكه لانه لا يجوز ان يشترى ثانياً ملك نفسه ويجوز ان يبيع البائع ما ليس له فغيره فان قيل اذا كانت البيعتان مطابقتين او احدهما مطلقة احتمل ان يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة الشهود عليه فلا تشغل بالشك قلنا متى أمكن صدق البيعتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وانما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البيئة لانها لو بطلت به لم يثبت بها حق اصلا لانه مامن بيته الا ويحتمل ان تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمه أو معارضة ولم يلتفت الى الوهم كذا ههنا

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى كل واحد منهما انه باعني اياه بألف وأقام بنية قدم اسبقهما تاريخها لما ذكرنا فان لم تسبق أحدهما تعارضنا

﴿مسئلة﴾ (وان قال أحدهما غصبني اياه وقال الاخر ملكنيه أو أقر لي به فان اقام كل واحد منهما بيته فهو للمغضوب منه ولا يغرم للاخر شيئاً) لانه لا تعارض بينهما لجواز ان يكون غصبه من هذاهم ملكه الاخر والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (واذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها)

لانها اقرت على نفسها وهي غير متهمه لانها لو ارادت ابتداء النكاح لم تمنع منه فان ادعاها اثبات فأقرت لاحدهما لم يقبل اقرارها لان الآخر يدعي ملك بضعها وهي معترفة ان ذلك قد ملك

(فصل) وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخافه وأخاه غائباً ولا وارث له سواهما وترك داراً في يد هذا الرجل فأنكر صاحب اليد فأقام المدعي بيته بما ادعاه ثبتت الدار للبيت وانتزعت الدار من يد المنكر ودفع نصفها إلى المدعي وجعل النصف الآخر في يد أمين للغائب يكره له وكذلك إن كان المدعي مما ينقل ويحول ، وبهذا قال الشافعي وقول أبو حنيفة إن كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعي عليه لأن الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو في يده كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بينه وبين أجنبي فانه يسلم إلى المدعي نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب كذا همنا

ولنا أنها تركه ميت ثبتت بيته فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمقول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً ، ولأن فيما قاله ضرراً لأنه قد يتعذر على الغائب إقامة البيعة وقد يموت الشاهدان أو يغيبا أو تزول عنهما عدالتهما ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانزاعه كالمقول ويفارق الشريك الأجنبي إجمالاً وتفصيلاً أما الإجمال فإن المقول ينزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينزع نصيب شريكه الأجنبي وأما التفصيل فإن البيعة ثبت بها الحق للبيت بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ولأن الأخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقي فأما إن كان ديناً في ذمة إنسان فهما يقبض الحاكم نصيب الغائب فيه وجهان (أحدهما) يقبضه كما يقبض الميراث (والثاني) لا يقبضه لأنه إذا كان في ذمة من هو عليه كان أحوط من أن يكون أمانة في يد الأمين

عليها فصار إقرارها بحق غيرها ولأنها متهمه فأنما لو ارادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فإن قيل فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لأحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك بإقراره في العين إنما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار بها ههنا فن كان أحد المتداعيين له بيعة حكم إيجابها لأن البيعة حجة في النكاح وغيره وإن أقاما بيتين تعارضتا وسقطا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل إلى اقسمة ههنا ولا إلى القرعة لأنه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها ههنا

﴿باب في تعارض البيعتين﴾

إذا قال لعبد متى قتلت فانت حر فادعى العبد أنه قتل وأنكر لورثة فالقول قولهم لأن الأصل عدم القتل فإن أقام بيعة بدعواه عتق وإن أقام الورثة بيعة بموته قدمت بيعة العبد في أحد الوجهين لأنها تشهد بزيادة وهي اقتل (والثاني) يتعارضان لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق

لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه والاول أولى ، لانه في الذمة أيضاً يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة إذا ثبت هذا فاننا إذا دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين لاننا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم ، قل أصحابنا سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة ، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلاً على عدمه ولا يكتفى به وهذا قول الشافعي فعلى هذا تكون الدار موقوفة ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التي كان يطوفها ويأمر منادياً ينادي إن فلا تابات فان كان له وارث فليأت فإذا غلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفع إلى الحاضر نصيبه وهل يطلب منه ضمناً؟ يحتمل وجهين وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ولكن لم يقولوا ولا نعلم له وارثاً سواء كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملاً وعلى هذا التخرج يعطى اليقين فان كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئاً وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز ان يكون له ثلاث جدات ولا تعطى العصة شيئاً فان كان الوارث أخاً لم يعط شيئاً لجواز ان يكون له بيت وارث يحجبه وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلاً والمرأة ربع الثمن عائلاً والزوج الربع عائلاً لانه اليقين فان المسئلة قد تعول مع وجود

﴿مسئلة﴾ (وان قل ان مت في المحرم فسالم حر وان مت في صفر فغانم حر واقام كل واحد منهما بينة بدعواه بموجب عتقه قدمت بينة سالم في أحد الوجوه)

لان معهما زيادة علم فنهـا اثبتت ما يجوز ان يحتجني على البينة الاخرى (واش في) يتعارضان ويبقى العبد على الرق لانهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما (والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة فاما ان لم تقم لواحد منهما بينة وأنكر الورثة فالقول قولهم لانه يجوز ان يموت في غير هذين الشهرين وان اقروا لاحدهم عتق باقرارهم وكذلك ان أقام بينة

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر فاقاما بينتين تعارضتا وبقياً على الرق ذكره أصحابنا وقياس ان يعتق أحدهما بالقرعة ويحتمل ان يعتق غانم وحده لان بينته تشهد بزيادة)

إذا قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما بموجب عتقه اقرع بينهما فن خرجت له اقرعة عتق لانه لا يخلو من ان يكون برأ أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كمن اعتق أحدهما فاشكل علينا ويحتمل ان يقدم قول سالم لان الاصل عدم البرء وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لان كل واحد منهما تكذب الاخرى وثبتت زيادة

الزوج مثل أن يخلف ابوين وابنين وزوجاء فإذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكل لذوي الفروض فروضهم.

(فصل) وإذا اختلف في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها؟ على وجهين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لأنها تثبت الملك في الماضي وإذا ثبت استنديم حتى يعلم زواله.

(والثاني) لا تسمع قال القاضي هو الصحيح لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بينة على ما لم يدعه لكن إن انضم إلى شهادتها بيان سبب اليد التي وتعرف تدميرها فقالا نشهد أنها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتزم هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لأنها إذا لم تبين السبب فليد دليل الملك ولا يتباني بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنقل إلى صاحب اليد فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب إقضاء باستدامة الملك السابق وإن أقر المدعي عليه أنها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع إقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه فيصير هو المدعي فيحتاج إلى البينة ويفارق البينة من وجهين.

(أحدهما) أنه أقوى من البينة لكونه شهادة من الإنسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا يسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) أن البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه

تنفيها الأخرى وهذا قول لا يصح وهو ظاهر الفساد لأن التعارض أثر في إسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلا لمتق أحدهما فكذلك إذا سقطا وذلك لانه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو قال أن كان هذا الطائر غرابا فسلم حر وإن لم يكن غرابا فقامم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين (أحدهما) يقرع بينهما كما في مسألة الطائر ولأن البينتين إذا تعارضا قدمت أحدهما بالقرعة في رواية (والثاني) تقدم بينة عام لأنها شهدت بزيادة وهي البرء وإن أقر الورثة لا خدم عتق بأقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة فيعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة.

﴿مسئلة﴾ (وإن اتلف ثوبا فشهدت بينة أن قيمته عشرون وشهدت أخرى أن قيمته ثلاثون لزمته أقل القيمتين)

وجملة ذلك أنه إذا شهد شاهد أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة وثلاثون ما اتفقا عليه وهو درهمان فله أن يخلف مع الآخر على درهم لأنها اتفقا على درهمين وإنزرد أحدهما بدرهم فاشبه ما لو شهد أحدهما بالنسب والآخر بخمسة مائة وإذا شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ثلاثة لانه قد شهد بها شاهدان

والدعوى يجب أن تكون معقدة بالحال والاقرار يسمع ابتداء وإن شهدت البينة أنها كانت في يده أمس في سماعها وجهان ، وإن أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا (فصل) وإن ادعى أمة أنها له وأقام بينة فشهدت أنها ابنة أمته أو ادعى ثمرة فشهدت له البينة أنها عمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز أن تكون ولتتها قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها ، وإن قالت البينة ولتتها في ملكه أو أثمرتها في ملكه حكم له بها لأنها شهدت أنها نماء ملكه ونماء ملكه ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه فإن قيل فقد قلتم لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق قلنا الفرق بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع للملك في الأصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه الاتبع وجري مجرى مالو قال ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك فإن ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال ويكون له النماء فيما مضى ولأن البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فتقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقات أقضه ألفاً أو باعه ثبت الملك وإن لم يذكره فع ذكره أولى

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه وهذا الدقيق من حنطته وإن هذا الطائر من بيضته حكم له به وإن لم يصفه إلى ماله لأن الغزل عين اقطن وإنما تنيرت صفته والدقيق أجزاء

وهما حجة فيؤخذ بها كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد شاهدان بالف وشاهدان بالفين فإنه يجب له الفان قال القاضي ويتوجه لنا مثل ذلك كما لو شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسمائة ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان في الدرهم ويخالف الزيادة في الاخبار فإن من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بالف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر فإن قيل فلم قلتم إنه إذا شهد بواحدة من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد شاهد لم يتعارضتا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليه ؟ قلنا لأن الشاهدين حجة وبينه وإذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما أما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة مع يمينه ولم يعارضها ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالأخر شاهد واحد

﴿مسئلة﴾ (ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابنها فورثته وقال آخرها بل مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لآبيه وميراث المرأة لآخيها وزوجها نصفين وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا أيضاً وقياس مسائل الخرق أن يجعل للاخ سدين مال الابن والباقي للزوج) وجملة ذلك أنه إذا مات جماعة برث بعضهم بعضاً واختلف الأحياء من ورثتهم في السابق

الحنطة تفرقت والطير هو أجزاء البيضة استحبال وكان البيضة قلت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد واشمرة فانه بما غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولوا باضاها في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

(فصل) واذا كانت في يد زيد دار فادعاها عمرو وأقام بيينة انه اشتراها من خالد بثمان مسمى نقده إياه او ان خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بيئته بهذا حتى يشهد ان خالداً باعه إياها او وهبها له وهو يملكها أو يشهد انها دار عمرو اشتراها من خالد أو يشهد انه باعها او وهبها له وسلمها اليه وانما لم تسمع البيينة بمجرد الشراء والهبة لان الانسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به فان انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك أو شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقديم اليد أو بالملك المدعي او لمن باعه فلظاهر انه ملكه لان اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعي وانما قبلوها وهي شهادة بملك ماض لانها شهدت بالملك مع السبب والظاهر استمراره بخلاف ما اذا لم يذكر السبب

بالموت في المسئلة المذكورة فقال الزوج ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثا بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثة موجود وانما يتمتع ابقا. موروثة الآخر بعده وهذا الامر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لايه لاشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطيتم الزوج النصف وهو لا يدعي إلا الربع قلنا بل هو مدع لجميعه ربه بميراثها منه وثلاثة أرباعه بميراثه من أبيه قال أبو بكر قد ثبتت البتة بيقين فلا يقطع ميراث الاب فيه إلا بيينة تقوم للاخ وهذا تعليل لقول الخرق في هذه المسئلة وذكر قول آخر يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال شيخنا وهذا ما يدري ما أراد به ان اراد ان مل المرأة بينهما نصفين لم يصح لانه يفضي الى إعطاء الاخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان اراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك الى الزوج باتفاق منهما لا ينافيه الاخ فيه وانما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع رجلان دارا في ايديهما فادعاها احدهما كلها وادعى الآخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا ان الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في ايديهما فكل واحد منهما في يده

(فصل) وإذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى انه مملوكه قبلت دعواه ولم يحمل بينه وبينه لان اليد دليل الملك والصبي مالم يعبر عن نفسه فهو كالبيمة والمتاع الا ان يعرف ان سبب يده غير الملك مثل ان يلتقطه فلا تقبل دعواه لرق لان اللقيط محكوم بحريته وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فإذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه وان لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه لان اليد دليل الملك فان ادعى أجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد لان النسب مقدم على الولاء في الميراث فان أقام البيمة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه لانه يجوز ان يكون ولده وهو مملوك بان يتزوج بامة أو يسي الصغير ثم يسلم أبوه الا ان يكون الاب عربياً فلا يسترق ولده في رواية وهو قول الشافعي القديم وان أقام بيمة انه ابن حرة فهو حر لان ولد الحرة لا يكون الا حراً وان كان الصبي مميزاً يعبر عن نفسه فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه الا أننا إن رأينا في يده وها يتنازعا في قيمه وجهار (إحدهما) لا يثبت ملكه عليه لانه معرب عن نفسه ويدعي الحرية أشبه البالغ (والثاني) يثبت ملكه عليه لانه صغيراً ادعى رقه وهو في يده فاشبهه الطفل فاما البالغ اذا ادعى رقه فانكر لم يثبت رقه الا بيينة وان لم تكن بيينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا انصل بجميعه مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي الا ان أصحاب

نصفها يدعي النصف يدعي وهو في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مسألتنا يعرف ان هذا ميراث عن البنين فلا يد لاحدهما عليه لاعتراضهما بانه لم يكن لهما أو ادعى ميراث يدعيانه من غيرهما وان اراد ان سدس مال الابن يضم الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الغرقى والمدمى أن يكون سدس الابن للاخ وباقي ميراثها للزوج لانا نقدر ان المرأة ماتت أولاً فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورثه أبوه وهو الزوج فصار ميراثها كله لزوجها ثم تقدر ان الابن مات أولاً فورثه أبوه لأمه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا قال شيخنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهم وانفق وراثتهم على الجهل به والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبي فيما إذا ادعى ورثة كل ميت انه مات أخيراً وان الاخريات قبله فان كان لاحدهما بيينة بما ادعاه حكم له بها وان اقاما بينتين تعارضتا وهل يسقطان أو يقرع بينهما أو يقسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث ..

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهدت بيينة على ميت انه وصي بعقبي سالم وهو ثلث ماله وشهدت بيينة أخرى انه وصي بعقبي غانم وهو ثلث ماله أقرع بينهما فمن تقع له القرعة عتق دون

الرأي قالوا متى أقام إنسان بينة أنه ولده ثبت النسب والحرية لأن ظهور الحرية في ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما إذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بامة فلا ينفى احتمال الرق وهذا القول هو الصواب إن شاء الله

(فصل) وإن ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه ، وإن اعترف لهما بالرق ثبت رقه فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له ، وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يكون بينهما نصفين لأن يدهما عليه فأشبهه الطفل والثوب

ولما أنه إنما حكم برقه باعترافه فكان مملوكاً لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخلف الثوب والطفل فإن الملك حصل فيهما باليد وقد تساوى فيه وهما حصل بالاعتراف وقد اختلف به أحدهما فكان مختصاً به ، فإن أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرعه بينهما أو يقسم بينهما على ماضى من التفصيل فيه فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر ، وإن اعترف لأحدهما فهو إن اعترف له ، وإن أقر لهما معاً فهو بينهما لأن البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين فإن قلنا بالقرعة أو اقسمة فأنكرهما لم ياتفت إلى إنكاره وإن اعترف لأحدهما لم ياتفت إلى اعترافه لأن رقه ثابت بالبينة فلم يبق له يد على نفسه كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة أنها مأسكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح باقراره

صاحبه إلا أن يحيز الورثة لأن الوصيتين ثبتا بشهادة المدول فهما سواء فيقرعه بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لأن الوصية يستوي فيها المتقدم والتأخر فن خرجت له القرعة عتق جميعه وقول أبو بكر وابن أبي موسى يمتق نصف كل واحد منهما بنير قرعة لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب أن يقسم بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو أودى لاثني بمال والاول قيس المذهب لأن الاعتاق بعد الموت كالاتفاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين كذلك بعد الموت ولأن المعنى المتعفي في أحدهما في الحياة موجود بعد المات فيثبت فلما إن صرح فقال إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغنم حر أو كان في لفظه ما يقتضيه أودات عليه قرينة ثبت ما اقتضاه وإن أجاز الورثة عتقهما عتقا لأن الحق لم فأشبهه ما لو أعتقوها بعد موته

﴿مسألة﴾ وإن شهدت بينة سالم أنه رجع عن عتق غنم عتق سالم وأحده سواء كانت بينته واثرة أو لم تكن لأنهما لم يجزا بشهادتهما إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضرراً فز قيل فرما يثبتان لأنفسهما ولما سالم قلنا وهما يسقطان ولما غنم أيضاً على أن الولاء إنما هو اثبات سبب الميراث ومثل ذلك لا ترد الشهادة فيه كما ثبت بالنسب بالشهادة وإن كان شاهد يجوز أن يرث الشهود له وتقبل شهادته لآخيه بالمال وإن جاز أن يرثه

(فصل) ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها لم يقبل منه ولا يخل بينها وبينه ولو ادعى رقا قبل منه اذا كانت طفلة لا تعبر عن نفسها ، لان اليد دليل الملك وأما المدعي للنكاح فهو مقر بحريتها أو بانها غير مملوكة له واليد لا تثبت على الحر فاذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل اقرارها

(فصل) ولو ادعى ملك عين واقام به بينة وادعى آخر انه باعها منه أو وهبها اياه أو وقفها عليه أو ادعت امرأته انه اصدقها اياها أو اعتقها واقام بذلك بينة قضي له بها بغير خلاف لعلمه لان بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الأخرى والبينة الأخرى شهدت بالأصل فيمكن انه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الأخرى ، ولو مات رجل وترك دراً فادعى ابنه انه خلفها ميراثاً وادعت امرأته انه اصدقها اياها واقاما بذلك بينتين حكم بها للمرأة ولانها تدعي امرأاً زانداً خفي على بينة الابن وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه بأنه باع ملكه أو ما في يده أو لم تشهد بذلك وسواء شهدت بالبيع والقبض أو لم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال يد البائع الا أن تشهد البينة بانه باع ملكه أو ما في يده لان البيع المطلق ليس بحجة لانه قد يبيع ما لا يملك

ولنا أن بينة البائع أثبتت الملك له فاذا اقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه في ازالة ملكه عنها الى المشتري فوجب القضاء له بها ، ولو ادعى انسان داراً في يد رجل انها لي منذ سنة واقام بهذا

﴿مسئلة﴾ (وان كانت قيمة غنم سدس المال وبينته أجنبية قبلت)

لانها بينة غير متهمة فتقبل شهادتها كالمال وان كانت بينته وارثة عتق العبدان لان البينة الوارثة متهمة في شهادتها لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته وترد شهادتها في الرجوع كالمال كانت فاسقة ويعتق سالم كله بالبينة العادلة ويعتق غنم لان سالم لا عتق بشهادة الاجنبيين صار كالمعصوب فصار غنم ربع التركة فيعتق جميعه لنقصه عن ثلث الباقي لان الباقي يصير كانه التركة جميعها وإنما يعتق باقرارهم لا بشهادتهم قال أبو بكر ، ويحتمل ان يقرع بينهما فان خرجت القرعة لسالم عتق وحده وان خرجت لغانم عتق هو ونصف سالم كالمال لم تشهد بالرجوع فان الشهادة بالرجوع لم تقبل فكان وجودها كعدمه فانها في هذه الصورة يعتق فيها ثلث المال وتكمل في احدهما فاذا وقعت القرعة لسالم عتق جميعه لانه ثلث المال وان وقعت لغانم عتق جميعه ونصف سالم لان ذلك ثلث المال

﴿مسئلة﴾ وان شهدت بينة أنه أعتق سالماً في مرضه وشهدت أخرى أنه وصى بعتق غنم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده

لانه لا ينفذ تصرفه في مرضه الا في الثلث إذا لم تجز الورثة وعتق سالم منجز وعتق غنم وصية فيقدم عتق سالم على الوصية

بيدة فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعي الشراء وليس في شهادة البيدة الاولى أنه ملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين لأنه لا تنافي بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة فان المالك منذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية فان قالت بيدة الشراء هو مالكم ثبت الملك بغير خلاف وان لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه

(فصل) ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر وادعى صاحب اليد أنها في يده منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بيذة بدعواه فهي لمدعي الملك بلا خلاف نعم له لأنه لا تنافي بين الدعوتين ولا البينتين لأنها قد تكون ملكاً له وهي في يد الآخر، وان ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين وأقام بهذا بينة فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فلبينة كاذبة والدابة لمن هي في يده

(فصل) واذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بالف وشهد أحدهما أنه قضاء ثبت الاقراران حلف مع شاهده على القضاء ثبت والا حلف للقر له انه لم يقضه ويثبت له الالف وان شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه قضاء ألفاً ثبتت عليه الالف لان شاهد القضاء لم يشهد بالف عاينه وإنما تضمنت شهادته أنها كانت عليه والشهادة لا تقبل الا صريحة بخلاف المسئلة الاولى فان البينة اثبتت الالف بشهادتها الصريحة بها ولو ادعى أنه اقرضه ألفاً فتدل لا يستحق على شيئاً فقام بيذة بالقرض وأقام المدعى عليه بيذة أنه قضاء ألفاً ولم يعرف التاريخ برىء بالقضاء لأنه لم يثبت عليه الا ألف

﴿مسئلة﴾ وان شهدت بيذة غانم أنه اعتقه في مرضه أيضاً عتق اقدمهما تاريخاً فان جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى سالم أنه اعتقه في مرض موته وادعى عبده غانم انه اعتقه في مرض موته وأقام كل واحد منهما بيذة بدعواه فلا تعارض بينهما لان ما شهدت به كل بيذة لا ينفى ما شهدت به الاخرى ولا يكذبها فيثبت اعتاقه لهما فان كانت البينتين مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الاول منهما ورق الثاني الا ان يجيز الورثة لان المريض إذا تبرع تبرعاً يعجز ثلثه قدم الاول فالاول وان اتفق تاريخهما أو اطلقتا أو احدهما فهما سواء لانه لا مزية لاحدهما على الاخرى فيستويان ويقرعه بينهما فيعتق من تخرج له القرعة ويرق الآخر الا أن يجيز الورثة لانه لا يخلو اما أن يكون أعتقهما معاً فيقرعه بينهما كما فعل النبي ﷺ في العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال سواهم أو يكون اعتق احدهما قبل صاحبه واشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسئلة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه .

وهو قول الشافعي لانه أقرب الى التعديل منهما فان في القرعه قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق وفي القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت بينتان والاول المذهب لانه لا يخلو من شبهة باحدى

واحد ولا يكون القضاء الا لما عليه فلماذا جيل القضاء للالف الثابتة وان قل ما فرضتني ثم أقام بينة بالقضاء لم تقبل بينته في انه قضاء للقرض لانه بانكاره القرض تعين صرفها الى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض الا ان بينة القضاء كانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يجوز صرفها الى قضاء القرض لانه لا يقضي القرض قبل وجوده

مسئلة قال (ولو مات رجل وخاف ولدين مسلما وكافرا فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافرا فاقول قول الكافر مع يمينه لان المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه وان لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين لئلا يأيديهما)

وجملته انه إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركه وابنين يعرفان أنه أبوهما أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وان الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر لان دعوى المسلم لا تخلو من ان يدعي كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدّاً وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على ردة في دار الاسلام أو يقول ان أباه كان كافراً فاسلم قبل موته فهو معترف بأن الاصل ما قاله اخوه مدع زواله وانتقاله والاصل

الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحد منهما وقولم ان في القرعة احتمال ارفاق الحر قلة وفي القسمة ارفاق نصف الحر بيميناً وتحرير نصف الرقيق بيميناً وهو أعظم ضرراً

مسئلة (فان كانت بينة أحدهما وارثة ولم تكذب الاجنبية فكذلك وان قالت ما اعتق سالماً انما اعتق غانماً اعتق غانماً كله وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن في بينته في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة وإلا فلا ، وان كانت الورثة فاسقة ولم تطعن في بينة سالم عتق سالم كله وينظر في بينة غانم فان كان تاريخ عتقه سابقاً أو خرجت القرعة له عتق كله ، وإن كان متأخراً أو خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه شيء . وقال القاضي : يعتق من غانم نصفه وإن كذبت بينة سالم عتق العبدان)

وجملة ذلك ان المريض إذا خلف ابنين لا وارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد اجنبيان انه اعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الاثنان في شهادتهما وكانت البنتين عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانتا اجنبيتين سواء لانه قد ثبت ان الميت اعتق العبدين ، وان طعن الاثنان في شهادة الاجنبيين وقال ما اعتق غانماً انما اعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بينة عادلة مثبتة والاخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ما شهدت به إذا لم تطعن الورثة في شهادتها انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة وبرق

بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وهذا معنى قول الخرقي ان المسلم باعترافه باخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً مدعياً الاسلام وذ كر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنها في الدعوى سواء فاليراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا في أيديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منها وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام بحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف أصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين ولان هذا حكمه حكم الوتي المسلمين في تمسيله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يلو ولا يعلو عليه ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم رده ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع احكامه احكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب اننا ننظر فان كانت التركة في أيديهما قدمت بينهما نصفين وان لم تكن في أيديهما أقرع بينهما فن قرع صاحبه جانب واستحق كما قلنا فيما اذا تداعيا عينا ويقتضي كلامه أنها اذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا لا يصلح لان كل واحد منهما يعترف ان هذه التركة تركة هذا الميت وانه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليد ، وقول أبو الخطاب يحتمل أن يقف الامر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي .

إذا تأخر تاريخه او خرجت القرعة لغيره . واما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعترافه وحده واستحقاقه الحرية .

وهذا قول القاضي وقيل يعتق ثلثاه إن حكم بعق سالم وهو ثلث الباقي لان العبد الذي شهد به الاجنبيان كان منصوب من التركة والذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم والاول أصح لان المعتبر بخروجه من اثاث حال الموت وحال الميت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهاد . بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته ان كان الاثنان ذاسعين ولم يردا شهادة لاجنبية ثبت العتق اسلام ولم يزاحمه من شهد له الاثنان لفسقمهما فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت بيينة عادلة وقد أقر الابنان بعق غانم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فن خرجت له القرعة عتق كله كما قلنا في التي قبلها وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الاثنين لو كانا عداين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض اصحاب الشافعي يعتق نصته في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت عتق الاخر بالبيينة العادلة فصار بالبيينة كأنه أعتق العبدان فيعتق منه نصفه .

قال شيخنا : وهذا لا يصح فانه لو أعتق العبدان لا عتقنا أحدهما بالقرعة ولانه في حال تقديم تاريخ من شهدت له البيينة لا يعتق منه شيء وكانت بيينة عادلة فع فسوقها أولى وان كذبت الوارثة

ولنا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث اليه وأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه فلأن العدة لا ضرر فيها على أحد وكذلك تغسيله ودفنه ، وأما قوله ان الاسلام يعلو ولا يعلو إلا بما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا فيما إذا لم يثبت فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقيل أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا ان الأصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر الواضع فأما ان لم يعترف المسلم باخوة الكافر وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوة لتساوي أياهما ودعاويهما فان المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان في أيديهما دار فادعاهما كل واحد منهما ولا يثبت لهما ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم .

مسئلة قل (وان أقام المسلم بيته انه مات مسلماً وأقام الكافر بيته انه مات كافراً أسقطت البيعتان وكما كن لا بيعة لهما وان قال شاهدان نعرفه كان كافراً وقيل شاهدان نعرفه كان مسلماً ولميراث للمسلم لان الاسلام يطراً على الكفر اذا لم يؤرخ شهود مرفقهم) وجلة ذلك انه اذا خلف الميت ولدين مسلماً وكافراً فدعى المسلم انه مات مسلماً وأقام بذلك بيته وأقام الكافر بيته من المسلمين انه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف

الاجنبية فقدلت ما أعتق سالمًا انما أعتق غانمًا عتق العبدان وقيل يعتق من غانم ثلثاه والاولى . (فصل) اذا شهد عدلان أجنيبان انه وصى بعتق سالم ونهد عدلان وارثان انه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتها سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية عتق سالم وقد ذكرناه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ولزمهما اقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبيعة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده ، وذكر القاضي واصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثه لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة

ولنا ان الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وان عتق سالم انما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه ، وقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بيعة عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم في مرضه وان لم يعتق سالم ان غانمًا يعتق كله وهذا مثله ، فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فلوارثة متهمة لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته فتزد شهادتهما في الرجوع كما ترد شهادتهما بالرجوع عن الوصية بعتق سالم ويعتق غانم كله أو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة

أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به ففهما متعارضتان وإن شهدت إحداها أنه مات على دين الإسلام وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بيعة من يدعي انتقاله عن دينه لأن البقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه لانهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبيعة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها كما لو شهدا بأن هذا العبد كان ملكاً لفلان إلى أن مات وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بيعة العتق والبيع . فأما إن قال شاهدان نعرفه قبل موته قد كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً نظرنا في تاريخهما فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الآخرة ، وإن كانتا مطلقتين أو أحداها مطلقة قدمت بيعة المسلم لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار الإسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتهما فإن كانت على اللفظ ففهما متعارضتان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه ففهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البيعتان فقال الحرقى تسقط البيعتان ويكونان بمن لا بيعة لهما وقد ذكرنا روايتين أخرتين (أحداها) يقرع بينهما فن خرجت له القرعة حلف وأخذ (والثانية) تقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة

فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بيعة عادلة ثبتت الوعيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة إن خرجا من الثلث وإن لم يخرجوا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت إحدى الوصيتين عن الأخرى أو استوتا لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بيعة عادلة أنه وصى يزيد بثلث ماله وشهدت بيعة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى عمرو بثلث ماله وشهدت بيعة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى بكر بثلث ماله صحت الشهادة كلها وكانت الوصية بكر سواء كانت البيعتان من الورثة أو لم تكن لأنه لا نهية في حقهم وإن كانت شهادة البيعة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة لأنه قد ثبت بالبيعة الثانية أنه رجع عن الوصية لزيد وهي إحدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو ، وإن كانت البيعة شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال إمامنا لا تصح الشهادة وهو مذهب الشافعي لانهما لم يعينا المشهود عليه وتصير كولو لا نشهدان لهذا على هذين ألفاً أو أن واحد هذين على هذا ألفاً فيكون الثلث بين الجميع أثلاثاً ، وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فن خرجت له القرعة بالرجوع عن وصيته بطلت وهذا قول ابن أبي موسى وإذا صح

تقدم بينة الاسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقول الخرقى فيما اذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم ان أصل دينه الكفر ، أما من كان مسلماً في الأصل فينبني أن تقدم بينة الكفر لان بينة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الأصل (فصل) وان خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلغا في دينه حال الموت فالحكم فيما كالتى قبلها وهكذا سائر الاقارب إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الاقارب ويختلفون في دينه فإن كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت انه كان كافراً وان الابنين يدعيان اسلامه فيكون القول قول الابوين وإن كانا مسلمين فالقول قولهما في اسلامه لان كفره ينبني على انه كان مسلماً فارتد أو ان أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت انها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة فالقول قول الورثة لان الأصل عدم ذلك وان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة انها كانت كافرة فأنكرتهم فالقول قولها لان الأصل عدم ما ادعوه عليها ، وان ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها وان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لان الأصل بقاءها ولا نعلم في هذا كنه خلافاً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو نوري ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان أحدهما كان مسلماً حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجحد أخوه فالمراث للمتفق عليه لان الأصل بقاء الكفر الى ان يعلم زواله وعلى أخيه اليمين ويكون على نفي العلم لأنها على نفي فعل أخيه الا ان يكون ثبت أنه كان مسلماً قبل القسمة فإن من أسلم على ميراث قبل ان يقسم قسم له وان كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلفا في حريته عند الموت فالقول قول من ينفها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فدعى عليه انه كان كذلك فأنكر فالقول قوله والميراث بينهما لان الأصل الحرية والاسلام وعدم ماسواهما

الرجوع عن أحدهما بغير تعيين صحت الشهادة به لذلك، ووجه ذلك ان الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته (فصل) اذا شهد شاهدان انه وصى لزيد بثلاث ماله وشهد واحد انه وصى لعمرو بثلاث ماله انبنى هذا على الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين ؟ فيه وجهان (أحدهما) يتعارضان فيحلف عمر مع شاهده ويقسم الثالث بينهما لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين (والثاني) لا يعارضهما لان الشاهدين أقوى فعلى هذا ينفرد زيد بالثلاث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة . فاما ان شهد واحد انه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلاثة فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع

(فصل) وان اسلم أحد الابنين في غرة شعبان واسلم الآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما فقال الاول منهما مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فاليراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها فان اقام كل واحد منهما بينة بداعواه ففيه وجهان (أحدهما) يتعارضان (والثاني) تقدم بينة موته في شعبان لان معمر ازيادة علم لانها بينت موته في شعبان وبجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى (فصل) وإن اختلفا في دار فادعى أحدهما ان هذه داري ورثتها من أبي وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه وليس أحدهما أخا للآخر وكانت في يد أحدهما فهي للذي هي في يده سواء كان مسلماً أو كافراً وان كانت في أيديهما فهي بينهما. وان كان لكل واحد منهما بينة وهي في أيديهما تعارضتا وكان الحكم فيها على ما قدمنا في مثلها

(مسئلة) قال (وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنتها فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات ابنتها فورثته ثم ماتت فورثناها حاف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لايه وميراث المرأة لأخيهما وزوجها نصفين)

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الأحياء من ورثتهم في أسبقهم بالوت كما رآه وابنها ماتا فقال الزوج ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنتها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حليف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وانما يتمتع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لايه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطينم الزوج نصف ميراث

شاهده وثبت الوصية له والفرق بين المسئلتين ان في الاول تقابلت البينتان فقدمنا اقرارهما ، وفي الثانية لم يتقابلا وانما ثبت الرجوع وهو ثبت بالشاهد واليهين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي (فصل) اذا اختلفا في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة ان هذه الدار كانت أمس مملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها ثبتت الملك في الماضي واذا ثبت استدعي حتى يعلم زواله (والثاني) لا يحكم بها ، قال القاضي وهو الصحيح لان الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بينته على ما لم يدعه ، لكن ان انضم الى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديهما فقالا نشهد انها كانت مملكه أمس فقبضها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لانها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون مملكه أمس ثم تنتقل

المرأة وهو لا يدعي الا الربع قلنا بل هو مدع له كله ربمه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بارثه من ابنه قال أبو بكر وقد ثبتت البنوة ييقين فلا يقطع ميراث الاب منه الا ببينة تقوم للاخ وهذا تعليل لقول الخريفي في هذه المسئلة وذكر قول آخر أنه يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال وهذا اختياري ان كل رجلين ادعيا مالا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين وهذا لا يدرى ما أراد به ان أراد ان مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخريفي وأيس بقول آخر وان أراد ان مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لانه يقتضي الى اعطاء الاخ مالا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن اكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان أراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينزعه الاخ فيه وإنما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع الاخ فيه وإنما النزاع بينهما خفي كما لو تنازع رجلان دارا في أيديهما فادعاهما أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا أن الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في أيديهما فكل واحد منهما في يده نصفها فمدعي النصف يدعيه وهي في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مسئلتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا يد لأحدهما عليه لاعتراضهما بأنه لم يكن لهما وإنما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما وان اراد أن يضم سدس مال الابن الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الغرقى والمدمى ان يكون سدس ميراث الابن للاخ وباقي الميراثين للزوج لاننا نقدر ان المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورث الزوج كل ما في يده فصار ميراثها كله لزوجها ثم تقدر ان الابن مات أولا فورثه أبواه لأمه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثتهما على الجهل

الى صاحب اليد ، فاذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق، وان أقر المدعى عليه انها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع اقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج الى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج الى البينة ويفارق البينة من وجهين (أحدهما) انه اقوى من البينة لكونها شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا تسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) ان البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والاقرار يسمع ابتداءً ، وإن شهدت البينة انها كانت في يده أمس ففي سماعها الوجهان وان أقر المدعى عليه بذلك، والصحيح انه يسمع ويقضى به لما ذكرنا

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً فادعي كل واحد

به والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبي بكر فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيراً وإن الآخر مات قبله فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها وإن أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما أو يقتسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث والله أعلم (فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أنها اشتراها منه فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لأن القول قول المنكر مع يمينه وإن أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لأنها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج وإن مات الرجل وخلف أبنا فادعى الابن أنه خلف الدار ميراثاً وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين قدمت بينة المرأة لذلك فإن لم تكن بينة فالقول قول الابن مع يمينه لأن لم في هذا خلافاً

(فصل) وإذا ادعى رجل أنه اكتري بيتاً من دار لرجل شهراً بعشرة فادعى الرجل أنه اكتري الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا في صفة العقد في قدر المكتري فيتحالفان وقد مضى حكم التحالف في البيع وذكر أبو الخطاب فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشتري بل هو والعبد الآخر بعشرة فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفاً لأن المشتري يدعي بيعاً في العبد الزائد ينكره البائع والقول قول المنكر وهذا مثله فعلى هذا يكون القول قول المكري مع يمينه إذا عدت البينة وإن أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له وإن كان مع كل واحد بينة تعارضتا سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد أو أحدهما مؤرخة والاخرى مطلقة لأن العقد على البيت مفردا وعلى الدار كلها في زمن واحد محال فإن قلنا تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة وإن قلنا يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة وهذا قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي وعلى قول أبي الخطاب تقدم بينة المكتري لأنها تشهد بزيادة وهو قول بعض أصحاب الشافعي فإن قيل فهلا أوجبتم الآخرين معاً على المكتري كما قلتم فيما إذا قامت البينة أنه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران قلنا ثم يجوز أن يكون

منهما أنه مات على دينه فإن عرف أصل دينه فالقول قول من يدعيه وإن لم يعرف فالميراث للكافر لأن المسلم لا يقر ولده على الكفر في دار الإسلام)

إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركته وابنين أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وإن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر ذكره الخرقى لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعي كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فإن المرتد لا يقر على رده في دار الإسلام أو يقول إن أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه مدع زواله وانتقاله والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله، وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنها في الدعوى سواء فالميراث

المهران مستقرين بان يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعهما ثم يتزوجها يوم الجمعة واما الاجرة فلا تستقر الا بمضي الزمان فاذا عقد عندا قبل مضي المدة لم يجز ان تجب الاجرتان

(مسئلة) قال (ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفا وشهد آخران على رجل آخر انه أخذ من الصبي ألفا كان على ولي الصبي ان يطالب أحدهما بالألف الا ان تكون كل بيعة لم تشهد بالألف الذي شهدت به الاخرى فيأخذ الولي الألفين)

أما إذا كانت كل بيعة شهدت بألف غير معين فان الولي يطالب بالألفين جميعاً لان كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أدائها وعلى الولي ان يطالب بها كما لو أقر كل واحد منهما بألف وأما ان كان الشهود به ألفاً معيناً فشهدت بيعة أن هذا الرجل هو الآخذ لها لم يجب إلا ألف واحد للولي مطالبة أيهما شاء لانه قد ثبت ان كل واحد منهما أخذ الألف فان كان لم يردده فقد استقر في ذمته وإن كان رده إلى الصبي لم تبرأ ذمته برده اليه لانه ليس له قبض صحيح فان غرمه الذي لم يردده لم يرجع على أحد لانه استقر عليه وان غرمه الراد له رجع على الذي لم يردده فان غرمه أحدهما فادعي

بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا في يديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف اصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على تكفين اموات المسلمين ولانه يدفن في مقابر المسلمين ويفسل فيثبت فيه سائر أحكام المسلمين فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يعمل ولا يبلى ويجوز ان يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم رده ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أظهر من ثبوت الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب اننا ننظر فان كانت اتركة في أيديهما اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حاف واستحق كما قلنا فيما إذا تداعيا عينا ويقتضي كلامه انها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا قول لا يصح لان كل واحد منهما يقر بأن هذه اتركة لهذا الميت وانه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليد، وقل أبو الخطاب يحتمل ان يتف الامر حتى يعرف أصل دينه أو بصطاحا وهذا قول الشافعي وقد ذكرنا الدليل على ظهور كذره فأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه وغسله وغير ذلك فان هذا لا ضرر فيه على أحد وأما قوله ان الاسلام يعمل ولا يبلى فانما يعمل إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا اذا لم يثبت أصل دينه فان ثبت اصل دينه فالقول قول من ينفيه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلا

ولنا ان الأصل بقاءها كان عليه فكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع وأما ان لم يعترف

ان الضمان استقر على صاحبه ايرجع عليه فالقول قول الآخر مع يمينه ، لان الأصل عدم استقراره عليه
 ﴿مسئلة﴾ قال (ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه جعلناهما أخوين وان كانا سببا فادعيا ذلك بعد ان اعتقا فميراث كل واحد منهما لمعتقه اذا لم يصدقها الا أن تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من أخيه)

وجملته أن أهل الحرب اذا دخلوا الينا مسلمين أو غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض ثبت نسبهم كما ثبت نسب أهل دار الاسلام من المسلمين وأهل الذمة باقرارهم ولانه اقرار لا ضرر على أحد فيه فقبل كاقرارهم بالحقوق المالية ولا نعلم في هذا خلافاً، وان كانوا سببا فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضاً سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ويسمى الواحد من هؤلاء حميلاً أي محمولا كما يقال المقتول قتل والعجرو ح جريح لانه حمل من دار الكفر وقيل سمي حميلاً لانه حمل نسبه على غيره وان شهد بنسبه الكفار لم تقبل وعن أحمد رواية أخرى ان شهادتهم في ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به في الغالب فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم والمذهب الاول لاننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى وانما لم يقبل اقرارهم لما في ذلك من الضرر على السيد بتفوت ارثه بالولاء على تقدير العتق وان صدقهما معتقهما قبل ، لان الحق له وان لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه وهذا قول الشافعي فيما اذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم وان أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه .

المسلم أنه أخوه وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوى لتساوى أيديهما عليه ودعاويهما فان المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم المال بينهما نصفين كما لو كان في أيديهما دار فادعى كل واحد منهما انها له ولا بينة لهما ويحتمل ان يقدم قول المسلم لان حكم الميت حكم المسلمين في غسله والصلاة عليه وسائر أحكامه، وقال القاضي يقرع بينهما كما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولم يدعيا لنفسه ويحتمل ان يقف الامر حتى يدرف أصل دينه وهو قول الشافعي الا ان يصطلحا

﴿مسئلة﴾ (وإن أقام كل واحد بينة انه مات على دينه تعارضتا وان قال شاهدان نعرفه مسلما وقال شاهدان نعرفه كافراً فالميراث للمسلم إذا لم تؤرخ الشهود معرفتهم)

اما إذا أقاما بينتين كل واحد بينة انه مات على دينه ولم يعرف أصل دينه تعارضتا وان عرف أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فان شهدت كل واحدة منهما انه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما

(أحدها) لا يقبل (والثاني) يقبل لانه يملك أن يستولد فذلك الاقرار به (والثالث) ان امكن ان يستولد بعد عتقه قبل لانه يملك الاستيلاء بعد عتقه والا لم يقبل لانه لا يملك قبل عتقه أو يستولد قبل عتقه ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين ان اقراره بقبل فيما يقبل فيه الاقرار من الاحرار الأصاليين وبه قال ابو حنيفة لانه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ووافق القر له فيه فقبل كما لو أقر من له اخ بنسب ابن وبهذا الاصل يبطل ما ذكره . ولنا ما روى الشعبي ان عمر رضي الله عنه كتب الى شريح أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بينة رواه سعيد ، وقال أيضاً حدثنا شفيان عن ابن جعدان عن سعيد بن المسيب قال كتب عمر بن الخطاب ان لا تورث حميلا الا بينة ، ولان اقراره يتضمن اسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل كما لو أقر انه مولى لغيره فان غيره شريكه في ولائه وفارق الاقرار من الحر الذي له اخ ، لان الولاء نتيجة الملك فجري مجراه ، ولان الولاء ثبت عن عوض والاخوة بخلافه الا ترى انه لو قال لغيره اعتق عبدك عني وعلي ثمنه صح ولم يثبت له الا الولاء ؟ واذا ثبت انه بعوض كان اقوى من النسب واما قدمنا النسب في الميراث لقربه لا لقوته كما تقدم ذوي الفروض على العصبية مع قربهم .

(فصل) واذا كانا مختلفي الدين لم يثبت النسب باقرارهما وان لم يتواريا لانه يحتمل ان يسلم الكافر منهما فيرث ولذلك لو اقرارا بالنسب في حال رقهما لم يثبت لاحمال التوارث بالعتق وان ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر انه ابن عمه احتمل أن يقبل اقراره لانه لا ولأء عليه فيقبل اقراره لوجود المتقضي لقبوله وانتفاء المعارض واحتمل ان لا يقبل لانه يرثه المسلمون ولانه اذا لم يقبل اقرار الاصول فالفروع اولى فان قلنا يقبل اقرارهما فأقر احدهما لابي الآخر انه عمه لم يثبت الاقرار بالنسبة الى انه ابن أخيه لانه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق اموهله يثبت بالنسبة الى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الاخ فلا تنضي صحة الاقرار الى اسقاط الولاء والاولى انه لا يثبت لانه لم يثبت بالنسبة الى احد الطرفين فلم يثبت في الآخر .

متعارضتان وان شهدت احدهما انه مات على دين الاسلام وشهدت الاخرى انه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه لان المبقية له على اصل دينه ثبتت شهادتها على الاعل الذي تعرفه لانهما إذا عرفا اصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما ان يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الاخرى معها علم لم تعلمه الاولى فقدمت عليها كالمشهدا ان هذا العبد كان ملكا فلان الى ان مات وشهد آخران انه اعتقه او باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع فأما ان قال شاهدان نعرفه مسلماً وقل شاهدان نعرفه كافراً نظرنا في تاريخهما فنأخذ تاريخهما عمل بالاخيرة منهما لانه ثبت انه انتقل عما شهدت به الاولى الى ما شهدت به الاخرى وان كانتا مطلقتين أو احدهما مطلقة قدمت بينة المسلم لان المسلم لا يقر على الكفر في دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين

مسئلة قال (واذا كان الزوجان في البيت فافترقا أو ماتا فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له أو ورثته حكم بما كان يصلح للرجل الرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين)

وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما بينة ثبت له بلا خلاف وإن لم يكن لواحد منهما بينة فلمنصوص عن احمد أن ما يصلح للرجال من المائيم وقصانهم وجبايهم والاقبية والعليا لست والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقصهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالفارش والاواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم وسواء اختلفا في حل الزوجية أو بعد البينة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر

قال احمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بخنن في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجل فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام ان يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما وإن كان المتاع على يدي غيرهما قن أقام البينة دفع اليه وإن لم تكن لها بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع ، وقل في رواية منها : وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى

وقال القاضي هذا إنما هو فيما إذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه ، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنهم قالوا ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه ، وإذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول النافي منهما لأن اليد للمشاهدة أقوى من اليد الحكيمة بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة وانقص كانت للخياط

وقال أبو يوسف القول قول المرأة فيما جرت العادة انه قدر جهاز مثلاً ، وقال مالك ما يصلح لكل

بتاريخ واحد نظرنا في شهادتهما فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البيتان فقال الخري تسقط البيتان ويكونان كمن لا بينة لهما وقد ذكرنا روايتين أخريين (احداهما) يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ (والثانية) يقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقدم بينة الاسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقد قال الخري إذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً فالمراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم وهو محمول على

واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه لأن عليه السبكي

وقال الشافعي وزفر والبيتي كل ما في البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه . وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لانهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم البيعة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك

ولنا أن أيديهما جميعاً على متاع البيت بدليل مالو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهما وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفاً فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها أو قميصاً أحدهما لابسها والآخر أخذ بكمه أو جداراً متصلاً بداريهما معقوداً ببناء أحدهما أو له عليه أزج

وانا على إبي حنيفة والقاضي انهما تنازعا فيما في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أشبه إذا كان في اليد الحكيمة ، فأما ما كان يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أسبه إذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على انه ليس للزني أن وارث الميت قائم مقامه أنبه مالو وكل أحدهما لنفسه وكيفاً لما إذا لم يكن لهما يد حكيمة بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحيته ذلك له بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما وإن كانت في يد أحدهما فهي له وإن كانت في يد غيرهما اقترعا عليها فن خرجت له نقرعة فهي له واليمين على من حكمنا بها له في كل الموضع لانه ليس لهما يد حكيمة فأشبهها سائر المختلفين

(فصل) وإذا كان في الدكان نجار وعطار فاختلغا فيما فيها حكم بألة كل صناعة لصاحبها فآلة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار وإن لم يكونا في دكان واحد لم يكن اختلغا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحيته العين المختلف فيها له كما ذكرنا في الزوجين ويكون ذلك كتنازع الاجنبيين (فصل) وإذا اختلف الذكرى والمكثري في شيء في الدار نظرت فان كان مما ينقل ويحول كالاثاث والاواني والكتب فهو للمكثري لأن العادة ان الانسان يكرى داره فارغة من رحله

من لم يعلم أصل دينه أو على أن أصل دينه الكفر امامن كان مسلماً في الأصل فينبغي أن تقدم بيعة الكفر لأن بيعة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الأصل

(فصل) وان خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلغا في دينه حال موته فالحكم فيها كآتي قبلها وهكذا سائر الاقارب .

﴿مسئلة﴾ (وان خلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فاختلغا في دينه فالقول قول الابوين ويحتمل أن القول قول الابنين)

وقماشه وان كان في شيء مما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلاليم المسمرة والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها المتحني فهو للمكري لانه من توابع الدار فأشبهه الشجرة المزروعة فيها وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقل احدا إذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها وقال القاضي كلام احمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهي بينهما إذا اختلفا لانه لا يتبع في البيع فأشبهت القماش وهذا ظاهر يشهد للمكثري ، وللمكري ظاهر يعارض هذا وهو ان المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فإذا تعارضا فالظاهر ان من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فلي هذا إذا اختلفا كانت بينهما وان حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف وذكر القاضي في موضع آخر وأبو الخطاب أنه ان كان لارف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل منصوب تماثلا وكان بينهما لانه إذا كان له شكل منصوب في الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر ان احد الرفين لمن له الآخر وكذلك ان اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لان أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقي من الرحا والمفتاح مع السكرة ووجه ظاهر كلام أحمد في ان الرفوف لصاحب الدار على كل حال ان العادة جارية بترك الرفوف في الدار ولم تنجر بنقل المكثري لها معه فكانت له احب الدار كالذي له شكل منصوب ولانها اذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقي من الرحا اذا كان السفلي منصوبا ومفتاح السكرة المسمرة

(فصل) واذا كان الخياط في دار غيره فاختلفا في الابرة والمقص فهي الخياط لان تصرفه فيهما أكثر وأظهر وأظهر معه لان الانسان اذا دعا خياطاً ليخط له فالعادة أنه يحمل معه ابرة ومقصه وان اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه فيخطه في دار غيره وانما العادة أن يخط قميص صاحب الدار فيها وان اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والنشار وآلة النجارة فهي للنجار وان اختلفا في الخشبة المنجورة والأبواب والرفوف المنشورة فهي لصاحب الدار ، وان اختلف النجار ورب الدار في قوس الندف فهو للنجار وان اختلفا في الفرش والعتان

ظاهر المذهب أن القول قول الابوين لان كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين ابويه فيثبت انه كان كافراً في صغره . وبمحتمل أن القول قول الابنين لان كفر أبويه يدل على أصل دينه في صغره واسلام ابنه يدل على اسلامه في كبره فيعمل بهما جميعاً يحمل كل واحد منهما على مقتضاه فهو كما لو قال شاهدان نعرفه كافراً في صغره وقال شاهدان نعرفه مسلماً في كبره

(فصل) وان خلف ابناً كافراً وأخاً وامراً مسلمين واختلفوا في دينه فالقول قول الابن على

والصوف فهو لصاحب الدار وان اختلف رب الدار والسقا في القرية فهي للسقا وان اختلفا في الخاوية والجرار فهي لصاحب الدار لما ذكرنا

(فصل) واذا تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها فالراكب أولى بها لان تصرفه فيها أقوى ويده أكد وهو المستوفي لمنعتها وان كان لأحدهما عليها حمل والآخر أخذ بزمامها فهي لصاحب الحمل لذلك وان كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكب عليها فهي للراكب لانه أقوى تصرفاً وان اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لان يده على الدابة والحمل معاً فأشبهه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها ، وان تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج فهو لصاحب الدابة لان السرج في العادة يكون لصاحب الفرس ، وان تنازع اثنان في ثياب على عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد لان يد العبد عليها وان تنازع صاحب الثياب والآخر في العبد الملبس لها فهما سواء لان نفع الثياب يعود الى العبد لا الى صاحب الثياب ومذهب الشافعي في هذا الفصل والذي قبله كما ذكرنا

(فصل) فان اختلف صاحب ارض ونهر في حائط بينهما فهو لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب النهر لانه لمنعه وقال أبو يوسف ومحمد هو لصاحب الارض لانه متصل بارضه

ولما انه حازر بين ملكيهما فكانت يداهما عليه فيكون لهما كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما او حائط بين داريهما وما ذكروه من الترجيعين متقابل فيستويان وان تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما فهو بينهما لذلك وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فانما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يصل له دون النصف الآخر لان ما يحصل له لا يفيد الحلف عليه شيئاً فلا يستجاف عليه كالدعي لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه

(فصل) وان تنازعا عمامة دارهما في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر او قيصياً كه في يد أحدهما وباقيها مع الآخر فهما سواء فيها لان يد المسك بالعارف عليها بدليل انه لو كان باقيةا على الارض

قول الخري . ووجهها ماسبق فيما إذا خاف ابنين مسلماً وكافراً وقال اتقاضي يقرع بينهما وقد سبق تعليقه في مسألة الابنين . وقال أبو بكر قياس المسئلة أن تعطى المرأة الربع ويقسم الباقي بين الاخ والاين نصفين لانها تدعي زيادة عليه فيدخل في عموم قوله تعالى (ولئن الربع مما تركتم فلا يخرج الا بدليل تخصيصها ولا يخرج بالشك ويقسم الباقي بين الاخوين لتساويهما في الدعوى وهو في أيديهما .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم اسلمت وادعت

فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساوبا فيها ولو كانت دار فيها اربعة ابيات وفي احد ابياتها ساكن وفي اثلثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها كان لكل واحد ما هو ساكن فيه لان كل بيت ينفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه ولو تنازعا الساحة التي يتطرق منها الى البيوت فهي بينهما نصفين لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فاشبهت العمامة في ما ذكرنا

﴿ مسأله ﴾ قال (ومن كان له على أحد حق فتمت منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «اد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه الترمذي »)

وجاءته انه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل لم يكن له ان يأخذ من ماله الا ما يعطيه بلا خلاف بين اهل العلم فان اخذ من ماله شيئا بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه لانه لا يجوز ان يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون الانسان غرض في العين فان اتلفها أو تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان اثبات في ذمته من جنس حقه تقاصاً في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي وان كان مانعاً له لامر يبيح المنع كالتأجيل والاعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وان أخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً أو عوضه ان كان تالفاً ولا يحصل التقاص ههنا لان الدين الذي له لا يستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها وان كان مانعاً له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحكم أو السلطان لم يجز له الاخذ ايضاً بغيره لانه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فاشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به أو لكونه لا يجيبه الى الممانعة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور في المذهب انه ليس له أخذ قدر حقه وهو احدي الروايتين عن مالك قال ابن عقيل وقد جعل اصحابنا المحدثون لجواز الاخذ وجهاً في المذهب أخذ من حديث هند حين قال لها النبي ﷺ «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» وقال أبو الخطاب ويتخرج لنا جواز الاخذ فان كان

أنها اسلمت قبل موته وانكرها الورثة فلقول قولهم لان الاصل عدم ذلك فان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة وانكرتهم فلقول قولها لان الاصل عدم ما ادعوه وان ادعوا انه طلقها قبل موته فانكرتهم فلقول قولها فان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنها راجعها فلقول قولهم وان اختلفوا في انتضاء عدتها فلقول قولها في أنها لم تنقض لان الاصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كله خلافاً .

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان أحدهما كان مسلماً جاحداً

المقدور عليه مع جنس حقه أخذ بقدره وان كان من غير جنسه تجرى واجتهد في تقويمه مأخوذ من حديث هند ومن قول أحمد في المهرين : يركب ويحلب بقدر ما ينفق والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا

وقال الشافعي ان لم يقدر على استخلاص حقه بسينة فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه وان كانت له سينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والمشهور من مذهب مالك انه ان لم يكن لغيره عليه دين فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عليه دين لم يجز لانها يتحصان في ماله إذا أفلس

وقول أبو حنيفة له ان يأخذ بقدر حقه ان كان عينا أو ورقاً أو من جنس حقه وان كان المال عرضاً لم يجز لان أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة الا برضا من المتعاضدين قال الله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) واحتج من اجاز الاخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح و ليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقل « حذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه وإذا جازها ان تأخذ من ماله ما يكفيها بغير اذنه جاز للرجل الذي له الحق على الرجل

ولما قول النبي ﷺ « اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » زواه الترمذي وقال حديث حسن ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فيدخل في عموم الخبر وقال ﷺ « لا يجل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه » ولانه ان اخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض وان اخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه فان التعيين اليه لا ترى أنه لا يجوز له ان يقول اقضي حقي من هذا الكيس دون هذا ؟ ولان كل مالا يجوز له تمامه اذ لم يكن له دين لا يجوز له اخذه اذا كان له دين كما لو كان باذلاً له وأما حديث هند فان أحمد اعتذر عنه بان حقه واجب عليه في كل وقت وهذا اشارة منه الى الفرق بالشفقة في الحكمة في كل وقت والخاص ما كل يوم يجب فيه النفقة بخلاف الدين وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر وهو ان قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوما يعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران (احدهما) ان للمرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في اباحة اخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الاجنبي

موت ابيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجده أخوه فالمراث المقتضى عليه لان الاصل بقاء الكفر الا ان يعلم زواله وعلى أخيه اليقين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل أخيه الا ان يكون ثبت أنه أسلم قبل قسم التركة فيرث فان من أسلم على ميراث قبل اقسمة قسم له وان كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلعا في حرية عند الموت فاقول قول من ينفبها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعي عليه أنه كذلك فانكر فالتول قوله والميراث بينهما لان الاصل الحرية والاسلام وعدم ماسواهما .

(الثاني) ان النفقة تراد لحياء النفس وابقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل الى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه فعلى هذا ان أخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً وان كان تالفاً وجب مثله ان كان مثلياً أو قيمته ان كان متقوماً فان كان من جنس دينه تقاصاً وتساقطاً في قياس المذهب وان كان من غير جنسه لزمه غرمه ومن جوز من أصحابنا الاخذ فانه قال ان وجد من جنس حقه جاز له الاخذ منه بقدر حقه من غير زيادة وليس له الاخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه وان لم يجد الا من غير جنس حقه فيحتمل ان لا يجوز له تملكه لانه لا يجوز ان يبيعه من نفسه وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ويحتمل ان يجوز له ذلك كما قالوا: الرهن ينفق عليه اذا كان مراكوباً أو محلوباً يركب ويحلب بقدر النفقة وهي من غير الجنس واختاف أصحاب الشافعي فمنهم من جوز له هذا ومنهم من قال يواطىء رجلاً يدعي عليه عند الحاكم ديناً فيقرر له بملك الشيء الذي أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين لينبيع الحاكم شيئاً يأخذه ويدفعه اليه (فصل) إذا ادعى إنسان على إنسان حتماً وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدائهما فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده اجيب إلى ذلك لان الظاهر من المسلمين العدالة ولان الذي على الغريم قد أتى به وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود وان أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الخفي مملاً يثبت الا بشاهدين لم يحبس الدعي عليه لان البينة ما تمت والحبس عذاب فلا يتوجه عليه دون تمام البينة وان كان الحق مما يثبت بشاهدين وعين ففيه وجهان (أحدهما) يحبس له لان الشاهد الواحد حجة في المال وإنما اليمين مقوية له (والثاني) لا يحبس وهو الصحيح لانه ان يحبس ليقيم شاهداً آخر يتم به البينة فهو كالحقوق التي لا تثبت الا بشاهدين وان حبس ليحلف معه فلا حاجة اليه فان الحلف ممكن في الحال فان حلف ثبت حقه والا لم يجب شيء ويحتمل ان يقال ان كان المدعي باذلاً لليمين والتوقف لاجل اثبات عدالة الشاهد حبس لما

(فصل) إذا أسلم أحد الابنين في غرة شعبان والآخرة في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما فقال الاول مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فال ميراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها وان أقام واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان (أحدهما) يتعارضان (والثاني) تقدم بينة موته في شعبان لانها معها زيادة علم لانه ثبت موته في شعبان ويجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى

﴿مسألة﴾ ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلماً وكافراً فأسلم الكافر وقال أسلمت قبل موت أبي وقال أخوه بل بعده فال ميراث له لان الاصل بقاء الكافر حتى يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير وقد ذكرناه

ذكرنا في التي قبلها وإن كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضي وكل موضع حبس فيه بشاهد من استدیم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقل للمشهود له أن جئت بشاهد آخر إلى ثلاث وألا أطلقناه

(فصل) وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين ولم يعدل فسال العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة وينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي فإن عدل الشاهدان سلم إليه الباقي من كسبه وإن فسقا رد إلى سيده وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ولأننا لو لم نحل بينهما أفضى إلى أن تكون أمة فيطأها وإن أقام شاهداً واحداً وسأل أن يحال بينهما ففيه وجهان

وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها ، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما لأن البينة لم تتم وهذا مما لا يثبت إلا بشاهدين فلا يثبت بشاهد واحد والله أعلم

﴿مسئلة﴾ وإن قال اسلمت في المحرم ومات أبي في صفر فلي الميراث وقال أخوه بل مات في ذي الحجة فله الميراث مع أخيه لأن الأصل بقاء الحياة فإن أقام كل واحد بينة بدعواه فهل يتمارضان أو تقدم بينة من ادعى تقديم موته ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الفصل قبل هاتين المسألتين والله أعلم .



كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد وأعتقته أنا وهو عتيق ومعتق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج » متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به

(فصل) والعتق من أفضل القرب إلى الله تعالى لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والإيمان وجعله النبي ﷺ فكاً كما لمعتقه من النار ولأن فيه تخليصاً للأدعي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعة وتكميل أحكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعة على حسب إرادته واختياره واعتق الرجل أفضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً كن فكاً له من النار يجزى بكل عظم من عظامه عظماً

كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد واعتقته أنا وهو عتيق ومعتق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج » متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به

﴿مسألة﴾ (وهو من أفضل القرب)

لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والإيمان وجعله النبي ﷺ فكاً كما لمعتقه من النار ولأن فيه تخليصاً للأدعي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعة وتكميل أحكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعة على حسب إرادته واختياره واعتاق الرجل أفضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فكاً له من النار يجزى بكل عظم من عظامه عظماً ، وأيما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين

من عظامه، وأما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه، وأما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها »

والمستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج إلى المسئلة فلا يستحب عتقه، وإن كان ممن يخاف عليه المضي إلى دار الحرب والرجوع عن دين الاسلام أو يخاف عليه الفساد كعبد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق أو جارية يخاف منها الزنا والفساد كره اعتاقه وإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرماً لأن التوصل إلى الحرام حرام وإن أعتقه صح لأنه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كاعتاق غيره

(فصل) ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاء ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى ولا يحصل بالنية المجردة لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الإزالة وألفاظه تنقسم إلى صريح وكناية.. فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منهما نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفاً فكما صريحين فيه فمضى أتى بشيء من هذه الألفاظ حصل به العتق وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحي يا حرة فإذا هي جاريته قال قد عتقت عليه

كانتا فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه، وأما امرأة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها» وقيل عتق المرأة للرة أفضل .

﴿مسئلة﴾ (والمستحب عتق من له كسب ودين ينتفع بالعتق)

فأما من لا قوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته لسقوط نفقته عن سيده باعتاقه فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج إلى المسئلة فلا يستحب عتقه ولا كتابته فإن كان ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب وترك اسلامه أو يخاف عليه الفساد كمن يخاف أنه إذا أعتق فاحتاج سرق أو فسق أو قطع الطريق أو جارية يخاف عليها الزنا والفساد كره اعتاقه فإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرماً لأن التوصل إلى الحرام حرام فإن عتقه صح لأنه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كعتق غيره

﴿مسئلة﴾ (ويحصل العتق بالقول والملك ولا يحصل بالنية المجردة)

لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كإطلاق والفاظه تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية كيف صرفاً نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفاً فمضى أتى بشيء من هذه الألفاظ حصل به العتق سواء نواه

وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا عندي تعتق أم ولده ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم تعتق بها كما لو قال عبدي حر يريد أنه عفيف كريم الاخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبهه ما لو نادى امرأة من نساءه فأجابته غيرها فقال أنت طالق يحسبها التي ناداها فنها لا تطلق على رواية فكذا ههنا، فأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبده ما أنت إلا حر أي أنك لا تطيعني ولا ترى لي عليك حقاً ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب قل حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه أنت حر وهو يعاتبه فقال إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً نحو هذا رجوت أن لا يعتق وأنا أهاب المسئلة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فأنصرف إليه كما لو نوى بكنية العتق وبهذا قال الثوري وابن المنذر قال وإن طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة الحرة تمدح بهذا فيقال امرأة حرة يعنون عفيفة وتمدح المملوكة به أيضاً وقال للحيي الكريم الاخلاق حر، قالت سبيعة ترثي عبد المطلب شعراً ولا تسأما أن تبكي كل ليلة * ويوم على حر كريم الشامل

وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت سائبة واذهب حيث شئت وقد خليتك فهذا إن نوى به العتق عنق لأنه يحتمله وإن لم ينو به لم يعتق لأنه يحتمل غيره

أر لم ينو قال أحمد في رجل أتى امرأة في الخارق فقل تنحي يا حرة فاذا هي جارية قل قد عتقت عليه وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا عندي تعتق أم ولده ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم تعتق به كما لو قال عبدي حر يريد أنه عفيف كريم الاخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبهه ما لو نادى امرأة من نساءه فأجابته غيرها فقال أنت طالق يظن أنها المناداة فانها لا تطلق في رواية فكذا ههنا، وأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبده ما أنت إلا حر أي أنك لا تطيعني ولا ترى لي حقاً ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب قال حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه أنت حر وهو يعاتبه قل إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً شبه هذا رجوت أن لا يعتق وأنا أهاب المسئلة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فأنصرف إليه كما لو نوى بكنية العتق العتق قال وإن طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة تمدح بهذا يقال امرأة حرة يعنون عفيفة وتمدح المملوكة به أيضاً ويقول للحيي الكريم الاخلاق حر قالت سبيعة ترثي عبد المطلب

ولا تسأما أن تبكي كل ليلة ويوم على حر كريم الشامل

وأما الكناية فنحو قوله خليتك والحق باهلك واذهب حيث شئت ونحوها وكذلك قوله حبلك

ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين (احدهما) انه صريح (والثانية) انه كناية وهو الصحيح لما ذكرناه فأما إن قال لا رق لي عليك ولا ملك لي عليك وأنت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه أحمد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ولا خلاف في المذهب انه يعتق به إذا نوى ومن قال يعتق بقوله أنت لله إذا نوى الشعبي والسيب بن رافع وحامد والشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولما انه يحتمل انه حر لله أو عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكرناه لا يصح لان احتماله لما ذكرناه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما يحتمل أمرين انصرف الى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكرناه من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية ، وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك خبر عن انتفاء ملك ورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كقولنا ما أنت عبيدي ولا مملوكي وقوله لامرأته ما أنت امرأتى ولا زوجتي .

(فصل) وإن قال لأمته أنت طالق ينوي العتق به ففيه روايتان (احدهما) لا تعتق به وهو قول

على غاربك فهذا ان نوى به العتق عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل غيره ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وفي قوله لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وفككت رقبتك وانت مولاي وأنت لله وانت سائبة روايتان (احدهما) انه صريح (والاخرى) كناية ذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين (احدهما) أنه صريح (والاخرى) كناية قال شيخنا والصحيح أنه كناية لما ذكرناه ، فأما قوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وانت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه أحمد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين لانه يحتمل غير العتق ولا خلاف في المذهب انه يعتق به إذا نوى ومن قال يعتق بقوله انت لله إذا نوى الشعبي والسيب بن رافع وحامد والشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه انت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولما انه يحتمل انت حر لله أو عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكرناه لا يصح لان احتماله لما ذكرناه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما يحتمل أمرين انصرف الى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكرناه من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك

أبي حنيفة لأن الملاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولان ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل باللاق كسائر الاملاك (والرواية الثانية) هو كناية تعتق به الأمة اذا نوى العتق وهو قول مالك والشافعي لان الرق أحد المالكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالأخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ولان فيه معنى الاطلاق فاذا نوى به اطلاقها من ملكه فقد نوى بإفغله ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنيات العتق

(فصل) فان قال لا كبر منه : أو ان لا يولد مثله هذا ابني مثل أن يقول من له عثرون سنة لمن له خمس عشرة سنة هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقول أبو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما ثبت به حرية فأشبهه مالو أقربها .

ولنا انه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت به الحرية كما لو قال لطفل هذا أبي أو لطفلة هذه أمي قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد اليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل هذا أبي ولانه لو قال لزوجته وهي أسن منه هذه ابنتي أو قال لها وهو أسن منها هذه أمي لم تطلق كذا هذا .

(فصل) فان قال لأمته أنت حرام علي ينوي به العتق عتقت وذكر أبو الخطاب ان فيها رواية

خبر عن انتفاء ملكه ولم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كقوله ما انت عبي ولا مملوكي وقوله لامراته ما انت امرأتي ولا زوجتي وفي قوله فكيتك رقبك وأنت سائبة وانت مولاي روايان (أحدهما) هو صريح في العتق لانها تتضمنه وقد جاء في كتاب الله تعالى (فك رقبة) يعني العتق فكانت صريحة كقوله اغتقك (والثانية) هو كناية لانه يحتمل غير العتق

﴿مسئلة﴾ (وفي قوله لأمته أنت طالق وانت حرام رواية)

(أحدهما) هي كناية والاخرى لا تعتق به وهو قول أبي حنيفة لان الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولان ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل كسائر الاملاك

(والثانية) هو كناية تعتق به اذا نواه وهو قول مالك والشافعي لان الرق أحد المالكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالأخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ولان فيه معنى الاطلاق فاذا نوى به اطلاقها من ملكه فقد نوى بإفغله ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنيات العتق

(فصل) وان قل لأمته انت حرام ينوي به العتق عتقت ، وذكر أبو الخطاب ان فيها رواية

أخرى لا تعتق كقوله لها أنت طالق والصحيح أنها تعتق به لأنه يحتمل أنت حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

(فصل) ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال وهو البالغ العاقل الرشيد سواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً ولا نعلم في هذا خلافاً إلا عن أبي حنيفة ومن وافقه في أن عتق الحر لا يصح لانه لا ملك له على التمام بدليل اباحة أخذ منه وانتفاء عصمته في نفسه وماله

ولنا انه يصح طلاقه فصح اعتاقه كالذمي ولانه مالك بالغ عاقل رشيد فصح اعتاقه كالذمي وقولهم لا ملك له لا يصح فانهم قد قالوا انهم يملكون اموال المسلمين بالقهر فلان ثبت الملك لهم في غير ذلك اولى

(فصل) ولا يصح من غير جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة اهل العلم ومن حلفنا عنه ذلك الحس والشعبي والزهري ومالك والشافعي واصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ « رفع العلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفقه وعن النائم حتى يستيقظ » ولانه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالهبة ولا يصح عتق السفينة المحجور عليه وهو قول القاسم بن محمد وذكر ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه يصح عتقه قياساً على طلاقه وتدبيره

أخرى لا تعتق كقوله لها أنت طالق والصحيح أنها تعتق به لأنه يحتمل أنك حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

﴿مسئلة﴾ (وان قال لعبد وهو اكبر منه انت ابني لم يعتق ذكره القاضي ويحتمل ان يعتق) اذا قال لا كبر منه أو لمن لا يولد لمثله : هذا ابني مثل ان يقول من له عشرين سنة لمن له خمسة عشرة سنة : هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال ابو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما ثبت به حريته فاشبهه مالو اقر بها

ولنا أنه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت الحرية كما لو قال لطفل هذا ابني او لطفلة هذه أمي ، قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه احد اليه ولا تبعه احد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز ان يقول الرجل لطفل هذا ابني ولانه لو قال لزوجته وهي أسن منه : هذه ابنتي أو قال لها وهي أسن منه هذه أمي لم تدل على كذا هذا

﴿مسئلة﴾ (وان اعتق حاملاً عتق جنينها الا ان يستثنيه)

لانه يتبعها في البيع والهبة ففي العتق أولى فان استثناه لم يعتق روي ذلك عن ابن عمر وابي هريرة والنخعي واسحاق وابن المنذر وقال ابن سيرين له ما استثنى وقال عطاء والشعبي اذا استثنى ما في بطنها فله ثنيه وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لان النبي ﷺ نهى عن اثني الا ان تعلم وقياساً على استثنائه في البيع اشبه بعض اعضائها

ولنا انه محجور عليه في مال، لحظ نفسه فلم يصح عتقه كما لصبي ولانه تصرف في المال في حياته فأشبهه ببيعه وهبته ويفارق الطلاق لان الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لانه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجرة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق السكره كما لا يصح طلاقه ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك فلو أعتق عبيد ولده الصغير او يتيمة الذي في حجرة لم يصح وبهذا قل الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » ولان له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كإله

ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قل ابن المنذر لما ورث الله الاب من مال ابنه السدس مع ولده دل على انه لاحق له في سائر

وقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » لم يرد به حقيقة الملك وانما أراد المصلحة في وجوب حقه عليك وامكان الاخذ من مالك وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ولهذا لا ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبتت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع اعتاق عبده ولانه انما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينمي له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التضييع والتفريط باعتاق رقيقه وانتدفع بماله ولو قل رجل لعبد

ولنا انه قول ابن عمر وأبي هريرة قل أحمد اذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا اذهب اليه في البيع ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » ولانه يصح افراده بالعتق فصح استثناءه كالمفصل وخبرهم بقول به والحمل معلوم فصح استثناءه للحديث ويفارق البيع لانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنفيه الجهالة ويكفي العلم بوجوده وقد وجد ولذلك صح افراد الحمل بالعتق ولم يصح بالبيع ولان استثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله وهذا إذا بطل استثناءه لم يبطل العتق في الامة ويسري الاعتق اليه فكيف يصح إلحاقه به مع تضاد الحكم فيها؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لانه يصح افراده بالحرية عن امه فيما إذا اعتته دونها وفي ولد المغرور بحرية أمة وفيما إذا وطئ بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك ولا يصح ذلك في بعض أعضائها ولان الولد يرث ويورث ويوصى به فكيف يصح قياسه على بعض الاعضاء؟

وروى الاثرم عن ابن عمر أنه اعتق أمة واستثنى ما في بطنها ولانها ذات حمل فصح استثناء حملها كما لو باع نخلة لم تؤبر واشترط ثمرتها وقال القاضي بخروج على الروايتين فيما إذا استثنى ذلك في البيع والمنصوص عنه ما ذكرنا من انه يصح استثناءه في العتق ولا يصح في البيع لم ذكرنا من الفرق بينها

آخر أنت حر من مالي فليس بشيء فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه وبهذا قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلاً ابن رجلاً قال لعبدك أنت حر من مالي فقال قد وضيت فليس بشيء وبهذا قال الشوري وإسحاق

﴿مسألة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه مما أو وكل ثلثه فإن الثالث أن يعتق حقاً فمعاً مع حقه فاعمل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو ميسر فقد صار حراً وولاؤه بينهم أثلاثاً)

وجملته أن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعتقه معاً أو يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد أو يوكلوا واحداً فيعتقه أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فإنه يصير حراً وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه لأن النبي ﷺ قال « إنما الولاء لمن أعتق » وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه وهذا لأنهم فيه بين أهل العلم خلافاً، فإما أن أعتقه سادته اثلاثاً واحداً بعد واحد وهم معسرون أو كان المعتقان الأولان معسرين واثالث ميسراً فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله وولاؤه وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكي ابن المنذر فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين

﴿مسألة﴾ (وإن أعتق ما في بطنها دونها عتق وحده)

لأنهم في ذلك خلافاً وهو قول سفيان وأحمد وإسحاق لأن حكمه حكم الإنسان المنفرد ولهذا يورث الجنين إذا ضرب بطن امرأة فأسقط جنيناً وجب فيه غرة موروثه عنه كأنه سقط حياً وتصح الوصية به وله وبرث إذا مات موروثه قبل أن يولد ثم ولد بعده فصح عتقه كالمفصل

(فصل) ولا يصح العتق إلا من جاز التصرّف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشافعي والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ « رفع أتم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبالغ وعن المجنون حتى ينفق وعن النائم حتى يستيقظ » ولأنه تبرع بالمال فلم يصح كالمهبة ولا يصح عتق المحجور عليه لفسقه وهو قول القاسم بن محمد وعنه يصح قياساً على طلاق وتدبيره

ولنا أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ولأنه تصرف في المال في حياته أشبه هبته وبيعه ويفارق الطلاق لأن الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لأنه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صح وصيته ولم تصح هبته المنجزة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق السكره كما لا يصح بيعه ولا تصرفاته ولا يصح

(أحدهما) باطل لانه لا يمكن ان يعتق نصفه منفرداً إذ لا يمكن ان يكون انسان نصفه حر ونصفه عبد كما لا يمكن ان يكون نصف المرأة طالقاً ونصفها زوجة ولا سبيل إلى اعتاق جميعه فبطل كله (والثاني) يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبي ﷺ «من أعتق شركاً له في عبد فكأن معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق» متفق عليه وإذا ثبت انه لا يعتق على الميسر إلا نصيبه فباقي العبد على الرق وإذا أعتقه مالكه عتق باعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما أعتق لأن الولاء لمن أعتق ويفارق العتق الطلاق لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون إلا لواحد فنظيره إذا كان العبد لواحد فاعتق جزءاً منه فإنه يعتق جميعه (فصل) وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد إذا دخلت الدار فنصبي منك حر فدخل عتق عليهم جميعاً سواء قالوا ذلك دفعة واحدة أو في دفعات متفرقة لأن العتق في انصباهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليقه

عتق الموقوف لأن فيه ابطالا لحق البطن اثنائي منه وليس له ذلك (فصل) ولا يصح العتق من غير المالك بغير إذنه فلو اعتق عبد ولده الصغير أو يتيمة الذي في حجره لم يصح ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لابييك» ولأن له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كماله ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده دل على أنه لاحق له في سائرته وقوله عليه السلام «أنت ومالك لابييك» لم يرد به حقيقة الملك وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك وإمكان الأخذ من مالك وامتناع مطالبته إياه بما أخذ منه ولهذا لم ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ في امتناع اعتاق عبده لانه إنما أثبت عليه الولاية لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينمي له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها . وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التفريط والتضييع باعتاق رقيقه واتبرع بماله ولو قال رجل لعبد أنت حر من مالي فليس بشيء فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه وبه قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلاً أن رجلاً قال لعبد أنت حر من مالي فقال قد رضيت فليس بشيء وبه قال الثوري وإسحاق

﴿مسئلة﴾ (وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وعنه لا يعتق إلا عمودا النسب) ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة وهم الوالدان (المغني والشرح الكبير) (٣١) (الجزء الثاني عشر)

(مسئلة) قال (ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه)

وجملته ان الشريك اذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه لانعلم خلافا فيه لما فيه من الاثر ولانه جائز التصرف أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه كما لو أعتق جميع العبد المملوك له واذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة انصباة شركائه والولاء له وهذا قول مالك وابن ابي ليلى وابن شبرمة والثوري والشافعي وابي يوسف ومحمد واسحاق وقال البقي لا يعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقي باق على الرق ولا شيء، على المعتق لما روى ابن انتلب عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصاً له في مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ ذكره احمد ورواه، ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق إلا ان تكون جارية نفيسة يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه

وقال ابو حنيفة : لا يعتق إلا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

ولنا الحديث الذي رويناه وهو حديث صحيح متفق عليه . ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر فثبت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا غيره

وروى قتادة عن ابي المليح عن أبيه ان رجلاً من قومه أعتق شقصاً له من مملوك فرفع ذلك

وان علوا من قبل الاب والام جميعا والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والاخوة والاخوات وأولادهم وان سفلوا والاعمام والعلمات والاخوال والخالات وان علوا دون أولادهم فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وابن ابي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واعتق مالك الوالدين والمولودين وان بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد كذلك ولم يعتق داود واهل الظاهر احداً حتى يعتقه لقول النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » رواه مسلم

ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذارحم محرماً فهو حر » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ولانه ذو رحم محررم فعتق عاينه بالملك كعمودي النسب وكالاخوة والاخوات عند مالك فأما قوله « حتى يشتريه فيعتقه » فيحتمل أنه أراد فيشتريه فيعتقه بشرائه كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز

إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال « ليس لله شريك » قال أبو عبد الله الصحيح انه عن أبي المليح عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البقي شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فان البيع لا يسري فيما اذا كان العبد كله له والعتق يسري فانه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتق نصفه عتق كله واذا ثبت هذا فان ولاءه يكون له ، لانه عتق باعتاقه من ماله وقد قال النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

(فصل) ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين او بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي

وقال ابو الخطاب في الكافر وجه انه اذا عتق نصيبه من مسلم انه لا يسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لانه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً

ولنا عموم الخبر ولان ذلك ثبت لازالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك بخلاف الشراء ولو قدر ان ههنا تملكاً لكان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو مقصور بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم

عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه وسواء ملكه بشراء او هبة او غنيمة او ارث او غيره لا نعلم بين اهل العلم فيه خلافاً

(فصل) ولا خلاف في ان المحارم من غير ذوي الارحام لا يعتقون على سيدهم كالام من الرضاة والاخ منها والريبة وام الزوجة وابنتها إلا انه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك انه لا يجوز بيع الاخ من الرضاة وروي عن ابن مسعود انه كرهه والاول اصح قال الزهري جرت السنة بان يباع الاخ والاخت من الرضاة ولائهم لان نص في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فيعتقون على الاصل ولائهما لارحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فاشبهه الريبة وام الزوجة .

﴿مسئلة﴾ (وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه في ظاهر كلام أحمد)

لان أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية عليه ويحتمل أن يعتق لانه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام .

﴿مسئلة﴾ (وان ملك سحماً ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه وإن كان معسراً لم يعتق عليه الا مملك وان ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا مملك موسراً كان أو معسراً وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً .

«مسئلة» قال (فان أعتقه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لها فيه عتق لانه قد صار حراً بعتق الاول له)

يعني أن العتق يسري على إجمعه باللفظ لا بدفع القيمة فيعتق كله حين لفظ بالعتق ويصير حراً وتستقر القيمة عليه فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له واختاره المزني وقال الزهري وعمر بن دينار ومالك والشافعي في قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ما كان لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق وهذا مقتضى قول أبي حنيفة واحتجوا بقول النبي ﷺ «قوم عليه قيمة العدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد» وفي لفظ رواه أبو داود «فان كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لا و كس ولا شطط ثم يعتق» فجعله عتقاً بعد دفع القيمة ، ولان العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالاداء كمالك والشافعي قول ثالث ان العتق مراعى فان دفع القيمة تبيننا انه كان عتق من حين أعتق نصيبه وإن لم يدفع القيمة تبيننا أنه لم يكن عتق ، لان فيه احتياطاً لها جميعاً .

ولنا حديث ابن عمر روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فمنها لفظ رواه أبو بوب

وجملة ذلك أن من ملك سهماً ممن يعتق عليه فانه يعتق عليه ماملك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرنا أو بغير اختياره كالمراث لان كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالاعتاق بالقول ثم ينظر فان كان معسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو اعتقه بقوله لم يسر اعتاقه بتصريحه بالعتق وقصده إياه فهنا أولى وان كان موسراً وكان الميراث باختياره كالمالك بغير الميراث سري الى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه الا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره لان هذا لم يعتقه وانما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه لانه فعله باختياره قاصداً اليه

ولنا انه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصد اليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من اعتق نصيبه وفارق الميراث فانه حصل بغير فعله ولا قصده ولان من باشر سبب السراية اختياراً لزمه الضمان كمن جرح إنساناً فسرى جرحه ولان مباشرة ما يسرى ونسبته اليه في لزوم حكم السراية واحدة بدليل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع فاما ان ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقي موسراً كان او معسراً لانه لم يتسبب الى اعتاقه وانما حصل بغير اختياره وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وعن احمد ما يدل على أنه يسري الى نصيب الشريك إذا كان موسراً

عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من أعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه البخاري وأبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذي يعتق ما يبلغ ثمنه فهو يعتق كله » وروى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من أعتق شقصاً في مملوك فهو حر من ماله » وهذه نصوص في محل النزاع فإنه جعله حراً وعتيقاً باعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ولأنه عتق بالسراية فكانت حاصلة عتق لفظه كما لو أعتق حراً من عبده ولأن القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق ، وعند الشافعي لا ينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على أن العتق حصل فيه بالاعتاق الاول فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فإن الواو لا تقتضي ترتيباً وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على ما يفعلون) وأما العوض فإنما وجب عن التلذذ بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة فإذا ثبت هذا فإن الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء ولاؤه كله للعتق الاول وعليه القيمة لأنه قد صار حراً باعتاقه

لأنه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به قبله والمذهب الاول لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبي وفارق ما تسبب إليه

(فصل) وان ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لأنه إذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى وان وهب لهما أو وصي لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله لأنه نفع لهما باعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق قريبهما وان كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يقوم ولا يسري العتق إليه لأنه يدخل ملكه بغير اختياره أشبه ما لو ورثه (والثاني) يقوم عليه لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فاشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لولي قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الاول يلزمه قبوله لأنه نفع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له أن يقبله قبله احتمال أن لا يصح القبول لأنه فعل مالم يأذن له الشرع فيه فاشبه ما لو باع ماله بغيره واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حج

(فصل) وان باع عبداً لذي رحمه واجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذورحمة موسراً وضمن لشريكه قيمة حتمه منه وقال أبو حنيفة لا يضمن لشريكه شيئاً لأن ملكه لم يتم الا بقبول شريكه فصار كأنه إذن له في اعتاق نصيبه بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لا يصح قبوله الا بقبول شريكه .

وعند مالك يكون ولاؤه بينهم اثلاثاً ولا شيء على المعتق الاول من القيمة ولو أن المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملاً فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها ايضاً ولو تلف العبد قبل اداء القيمة مات حراً والقيمة على المعتق لانه فوت عليه رقه وعند مالك لاشيء على المعتق مالم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد .

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف وهو احد اقوال الشافعي وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الاقوال كلها فان اختلفا في قدرها رجع الى قول التومين فان كان العبد قد مات او غاب او تأخر تقويمه زمناً تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالتقول قول المعتق لانه ينكر الزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا احد قولي الشافعي وإن اختلف في صناعة في العبد توجب زيادة القيمة فالتقول قول المعتق لذلك إلا ان يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فالتقول قول الشريك لاننا علمنا صدقه وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته ، (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث ، وإن اختلفا في عيب ينقص القيمة كسرقة او اباق فالتقول قول

(فصل) إذا كانت مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من امه وسرى الى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج واخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر منه شيء لانه عتق عليهما في حال واحدة ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لهما او وصي لهما بها فقبلاها في حال واحدة فكذلك وان قبلها احدهما قبل الآخر نظرنا فان قبل الابن اولا عتقت الام وحملها وعليه قيمة باقيهما للزوج وإن قبل الزوج اولا عتق عليه الحمل كله ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة

﴿مسئلة﴾ (وان مثل بعده فجدع انفه واذنه او نحو ذلك عتق نص عليه)

لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زباعا ابا روح وجد غلاما له مع جاريته فقطع ذكره وجدع انفه فأتى العبد النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال النبي ﷺ « ما حملك على ما فعلت؟ » قال فعل كذا وكذا قال « اذهب فأنت حر » قال القاضي والقياس ان لا يعتق لان سيده لم يعتقه بلفظ صريح ولا كناية واذا ثبت الحديث وجب العمل به وترك القياس

﴿مسئلة﴾ (وإذا أعتق العبد فماله لسيده)

روي هذا عن ابن مسعود وأبي ايوب وأنس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي

الشريك لان الاصل السلامة فالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفاً في حدوثه فالقول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق .

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا ان يكون له فضل عن قوته يومه وليلته وما يحتاج اليه من خواتجه الاصلية من السكوة والسكن وسائر مالا بدله منه يدفعه الى شريكه ذكره أبو بكر في التنبيه وان وجد بعض ما يفي بالقيمة قوم عليه قدر ما يملكه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال أحمد لا تباع فيه دار ولا ربايع ومقتضى هذا ان لا يباع له أصل مال وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وما له بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك ما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعق لان حال الوجوب فان ايسر العسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه وان اعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه لانه وجب عايه فلم يسقط باعساره كدين الاتلاف نص على هذا أحمد (فصل) إذا قال احد الشريكين لشريكه إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتقا معا ولم يلزم المعتق شيء وقيل يعتق كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم ان يكون سابقا عليه والاول أولى لانه امكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله

وأصحاب الرأي وروى ذلك عن حماد والبيتي وداود بن أبي هند وحيد وعنه رواية أخرى أنه للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي ومالك وأهل المدينة يبيعه لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » رواه الامام أحمد وغيره وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا اعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ما روى الاثرم باسناده عن ابن مسعود أنه قال لعلامة عمير يا عمير إني أريد ان أعتقك عتقا هنيئاً فأخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول إيماناً رجل اعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيدته ولان العبد وماله كانا للسيد فزال ملكه عن أحدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل عليه حديث النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » فأما حديث ابن عمر فقال أحمد يرويه عبدالله بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فاما في الحديث فليس هو فيه باتقوي وقال أبو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فهو تفضل منه على معتقه قيل لا أحمد كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال أي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد ؟ فقال نعم للسيد مع البيع سواء

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا اعتق جزءاً من عبده معيئاً أو مشاعاً عتق كله)

أما إذا اعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف فانه يصح عتقه باجماع أهل العلم فان اعتق بعضه .

عليه كما لو وكله في اعتاق نصيبه مع نصيبه فاعتقهما معا وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر فقال اصحابنا إذا اعتق نصيبه سرى وعق عليه كله وقوم عليه ولا يقع اعتاق شريكه لان السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ويحتمل ان يعتق عليهما جميعاً لان عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق احدهما الآخر لوجودهما في حال واحد وقد يرجح وقوع عتق الشريك لانه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير الملك على خلاف الاصل فكان نقوذ عتق الشريك اولى ولان سراية العتق على خلاف الاصل لكونها اتلافاً للملك المعصوم بغير رضاد والزما للعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وانما يثبت لمصلحة تكميل العتق فاذا حصلت هذه المصلحة باعتاق المالك كان اولى وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر قبل إعتاقتك نصيبك وقعا معا إذا أعتق نصيبه وهذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل ان يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتق في زمن ماضي ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق ان لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضي الى الدور فيمتنع الجميع وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق والله تعالى أعلم

عتق كله في قول جمهور العلماء روي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما وبه قال الحسن والحكم والاوزاعي والثوري والشافعي قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا عتق نصفه وقال طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وابو حنيفة يعتق منه ما اعتق ويسعى في باقيه وخالف أبو حنيفة أصحابه فلم يروا عليه ما يروى عن مالك في رجل اعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لانه تصرف في بعضه فلم يسر الى باقيه كالبيع ولنا قول النبي ﷺ «من اعتق ثمر كاله في عبد فكان معه ما يبلغ ثمنه قوم عليه قيمة عدل وعتق عليه جميع العبد» واذا عتق عليه نصيب شريكه كان تنبهاً على عتق جميعه إذا كان كله ملكاً له وقال النبي ﷺ «من اعتق شقة من مملوك فهو حر من ماله» ولانه ازالة ملك عن بعض مملوكه الا دمي فزال عنه جميعه كاضلاق ويفارق البيع فانه لا يحتاج الى السعاية ولا يبنى على التغليب والسراية. إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يعتق جزءاً كبيراً كنصفه أو ثلثه أو صغيراً كعشره أو عشر عشره ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً

(فصل) ان اعتق جزءاً معيناً كراسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً وبه قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي ان اعتق رأسه أو ظهره أو بدنه أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لان حياته لا تبقى بدون ذلك وان اعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لانه يمكن ازالة ذلك مع بقائه فلم يعتق كاعتاقه شعره

(مسئلة) قال (وان أعتقه الاول وهو معسر وأعتقه الثاني وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه وكان ثلث ولأيه للمعتق الاول وثلاثة للمعتق الثاني)

ظاهر المذهب ان المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر الى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فإذا اعتق الثاني نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع ما بقي منه نصيبه بالمياسرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية وصار له ثلثا ولأيه وللأول ثلثه وهذا قول إسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على الوجه الذي بيناه من قولها فيما مضى وروي عن عروة انه اشترى عبداً أعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر وروي عن أحمد ان المعسر إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقيين حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي وأبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من أعتق شقصاً له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه» متفق عليه ورواه أبو داود وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة فإذا استسعى في نصف قيمته ثم ايسر معتق رجع عليه بنصف القيمة لانه هو الجاه الى هذا وكلفه اياه وعن أبي يوسف ومحمد انها لا يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لان العتق لا يتبعض فإذا وجد في البعض

ولنا أنه أعتق عضواً من أعضائه فعتق جميعه كراسه فاما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق وقل قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لانه من اجزائه أشبهه أصبعه ولنا ان هذه الاشياء نزول وبخرج غيرها فاشبهت بالشعر والريق وسند كذا في الطلاق والعتق مثله (مسئلة) (وان أعتق شركاً له في عبد وهو موسر بقيمة باقية عتق كله وعليه قيمة باقية يوم العتق لشريكه)

وجماته ان الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد عتق عليه لانعلم فيه خلافاً لما ذكرنا من الاثر وإذا عتق نصيبه سرى العتق الى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة انصباؤه شركائه ولولاه هذا قول مالك وابن أبي ليلى وابن شبرمة وثورى والشافعي وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وقال البتي لا يعتق الا حصة المعتق ونصيب الباقيين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى التلب عن أبيه ان رجلاً أعتق شقصاً له في مملوك فلم يضمه النبي ﷺ رواه الامام أحمد ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق الا ان تكون جارية نفيسة يغلى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجاية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه وقال أبو حنيفة لا يعتق الا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

سرى الى جميعه كالطلاق ويلزم المعتق القيمة لانه المثلث لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو اتلفه بقتله ، وقال أبو حنيفة لا يسري العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيتخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين ان يستسعى العبد في قيمة نصيبه فاذا اداها اليه عتق والولاء بينهما .

ولنا حديث ابن عمر وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولان الاستسعاء اعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولان في الاستسعاء اضرار بالشريك والعبد . أما الشريك فانا نحمله على سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلاً وإن حصل فربما يكون يسيراً مثقراً ويفوت عليه ملكه ، وأما العبد فانا نجبره على سعاية لم يردّها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » قل سليمان بن حبيب أليس انما ألزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لثلاث يدخل على شريكه ضرر ؟ فإذا أمره بالسعي واعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأي ضرر أعظم من هذا ؟ فأما حديث الاستسعاء فقال الاثرم ذكره سليمان بن حرب فلعن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ، حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروبة ، وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكرهما وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية : قال أبو داود : وهما أيضاً لا يقوله قال الروذي : وضعف أبو عبد الله حديث سعيد وقال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء

ولنا الحديث الذي رويناه وهو صحيح متفق عليه ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر فائت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب المعتق عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره وروى قتادة عن أبي المليح عن أبيه ان رجلاً من قومه اعتق شقصاً له في مملوك فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال « ليس لله شريك » قال أبو عبد الله الصحيح أنه عن أبي المليح عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البتي شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فان البيع لا يسري فيما إذا كان العبد كله له والمعتق يسري فانه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتقه عتق كله . إذا ثبت هذا فان ولأه يكون له لانه عتق باعتاقه من ماله ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه (فصل) ولا فرق في هذا بين ان يكون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي وذكر أبو الخطاب في الكافر وجهاً أنه إذا عتق نصيبه من مسلم أنه لا يسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لانه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً

ولنا عموم الخبر ولان ذلك يثبت لازالة الضرر فاستوى فيه الكافر والمسلم كأرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك بخلاف الشراء ولو قدر ان ههنا تملك لكان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق لا ضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو معذور

وذكر همام ان ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة و فرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قل بعد ذلك فكان قتادة يقول ان لم يكن له مال استسعى ، قال ابن عبد البر حديث أبي هريرة يدور على قتادة وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة فالقول قولهم فيه عند جمع أهل العلم بالحديث اذا خالفهم غيرهم ، فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الاخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبي هريرة على وجهه وكل قول يخالف السنة فردود على قائله والله المستعان

(فصل) اذا قلنا بالسعاية احتمل ألا يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يستسعى في ادائها وتكون احكامه احكام الاحرار ، فإن مات وفي يده مال كان لسيد بقية السعاية وباقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل ادائها حكم من بعثه رقيق إذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية لانه اعتاق باداء مال فلم يعتق قبل ادائه كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد على المعتق إذا أيسر لانه كلفه السعاية باعتاقه ولذا أنه حق لزوم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولانه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

بالنسبة الى ما يحصل من العتق فوجوده كالأدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق ﴿مسئلة﴾ (فان اعتقه الشريك بعد ذلك وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق) لانه قد صار حراً بعتق الاول له لان عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حراً واستقرت القيمة على المعتق الاول فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره وبهذا قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن النضر والشافعي في قول له اختاره المزني وقال الزهري وعمرو ابن دينار ومالك والشافعي في قول لا يعتق الا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق واحتجوا بقول النبي ﷺ « قوم عليه قيمة عدل لاوكس ولا شطاط ثم يعتق » فجعله عتيقاً بعد دفع القيمة ولان العتق اذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلباً لم يعتق إلا بالاداء كالمكاتب والشافعي قول ثالث ان العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبين ان العتق كان حصل من حين اعتق نصيبه ، وان لم يدفع القيمة تبين أنه لم يكن عتق لان فيه احتياطاً لهما جميعاً ولنا حديث ابن عمر فانه روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فروى أبو أيوب بن نافع عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « من اعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه أبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال

(مسئلة) قال (ولو كان المعتق الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقاً لمن لم يعتق، فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الاول والمعتق الثاني بالولاء اذا لم يكن له وارث أحق منهما)

إنما كان كذلك لان المعسر لا يعتق إلا نصيبه، والاول والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً لثالث فإذا خلف العبد مالا فثلثه للذي لم يعتق لانه مالك لثله وثلثاه ميراث لانه ملكهما بجزءه الحر فإن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه لانه أحق من المعتق وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين وهذا القول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه ولم يهاينه فاما ان قامه او هاباه فلا حق له في تركته لانها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعها ميراثاً لورثته دون مالك ثلثه إذ لا حق له في الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به

(فصل) ومن قال بالسعاية فانه يستسعى حين أعتقه الاول فاذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته هل حصلت باعتراف الاول او لا؟ فن جعله حراً لم يصح عتق الثاني لانه عتق

فقد عتق كله» وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر «وكان للذي يعتق ما يباع ثمه بقيمة العدل يعتق كله» وروى ابو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصاً في ملكه فهو حر من ماله» وهذه دعوى في محل النزاع فانه جعله حراً وعتيقاً باعترافه مشروطاً بكونه موسراً ولانه عتق بالسراية فكانت حاصلة من لفظه عتقه كما لو أعتق جزءاً من عبده ولان القيمة معتبرة وقت الاعتراف ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتراف وعند الشافعي لا ينفذ بالاعتراق أيضاً فدل على ان المعتق حصل فيه بالاعتراق الاول فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لا تقتضي ترتيباً وأما العطف بهم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانها قد ترد لغير الترتيب كقوله سبحانه (ثم الله شهيد على ما يفعلون) فاما العوض فانما وجب عن المتلف بالاعتراق بدليل اعتباره بقيمة حين الاعتراف وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة. إذا ثبت هذا فان الشريك إذا أعتقه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق ولا له عليه ولاء ولاؤه كله للمعتق الاول وعلية القيمة لانه قد صار حراً باعترافه وعند مالك يكون ولاؤه بينهما على قدر ملكهما فيه ولا شيء على المعتق الاول من القيمة ولو ان المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه الا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملاً فلم يؤد القيمة حتى وضعت حملاً فليس على المعتق الا قيمتها حين

باعتاق الاول ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثاني لانه اعتق جزءاً مملوكاً له من عبد وإذا مات قبل أداء سعيته فقد مات وثله رقيق فيكون حكمه في الميراث حكم ما ذكرنا في القول الآخر

(فصل) وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه فإن نفقته في حياته وفطرنه واكسائه ينه وبين سيده على قدر مافيه من الحرية والرق وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه في أيامه له وعليه وفي أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه فأما الاكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية فذكر القاضي أنها تدخل في المهايأة لأنها من اكسابه فأشبهت المعتادة وذكر غيره من أصحابنا وجهاً آخر أنها لا تدخل في المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لان المهايأة معاوضة فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول وما لا يغلب على الظن وجوده فأما الميراث فلا يدخل في المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئاً لانه إنما يرث بمجزئه الحر ويملك هذا العبد بمجزئه الحر جميع أنواع الملك ويرث ويورث بقدر مافيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

(فصل) ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه باجماع أهل العلم ، وإن اعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء ، ووي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والازاعي واشوري والشافعي ، قل ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله

أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها أيضاً ولو أتلف العبد قبل أداء القيمة تاف حراً واقيمة على المعتق لانه فوت رقه ، وعند مالك لا شيء على المعتق وما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالمعتق لانه حين الاتلاف وهو قول الشافعي على أقواله كلها فإن اختلفا في قدره رجع إلى قول المقومين فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر توقيمه زمناً تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لانه منكر للزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا أحد قولي الشافعي فإن اختلفا في صناعة في العبد توجب زيادة في القيمة فالقول قول المعتق كذلك إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فيكون القول قول الشريك لعلنا بصدقه وإن مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان (أحدهما) القول قول المعتق لان الاصل براءة ذمته (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث وإن اختلفا في عيب ينقص قيمته كسرقة أو اباق فالقول قول الشريك لان الاصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق لان الاصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق

إذا أعتق نصفه وقتل طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وأبو حنيفة يعتق منه ما أعتق ويسعى في باقيه وخات أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية وروى عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لأنه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع .

ولنا قول النبي ﷺ « من أعتق شركاً له في عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كاه مملوكاً له ، وذلك النبي ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فهو حر من ماله » ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمي فزال عن جميعه كالطلاق ويفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا ينبغي على التغليب والسراية . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيراً كنصفه وثلاثة أو صغيراً كعشره وعشر عشره ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً ، وإن أعتق جزءاً معيناً كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كاه أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي إن أعتق رأسه أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لأن حياته لا تبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يمتق باعتاقه كعشره أو سنه .

ولنا أنه أعتق عضواً من أعضائه فاعتق جميعه كرأسه فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ذفره لم

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وليتته وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة وسائر ما لا بد منه ما يدفعه إلى شريكه ذكره أبو بكر في استنبه وإن وجد بعض ما يفي بالقيمة قوم عليه قدر ما يمكنه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال أحمد لا يباع فيه دار ولا رباغ ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال ، وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك كما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعتق لأنه حل الوجوب فإن أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه ، وإن أعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه لأنه وجب عليه فلم يسقط بأعساره كدين الاتلاف نص عليه أحمد

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصيبه وبقي حق شريكه فيه وعنه يعتق كله ويستسعى العبد في قيمة باقيه غير مشقوق عليه)

ظاهر المذهب أن المعسر إذا اعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فإذا أعتق شريكه عتق عليه نصيبه وهذا قول إسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على ما بيناه فيما مضى ، وروى عن عروة أنه اشترى عبداً أعتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر ، وروى عن أحمد أن المعتق إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة باقيه حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي

يعتق وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه ولنا أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق وقد ذكر ذلك في الطلاق وما ذكر في الطلاق فاعتاق مثله والله أعلم .

« مسألة » قال (وإذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه اعتق حقه منه فإن كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً) أما إذا كان الشريكان معسرين فليس في دعوى أحدهما على صاحبه اعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على العتق لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فإن لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ، لأن كل واحد منهما لا يجزئ إلى نفسه بشهادته نفياً ولا يدفع بها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فإن حلف معها

وأبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استمعى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ، ورواه أبو داود قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة فإذا استمعى في نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لأنه هو الجأه إلى هذا وكلفة إياه ، وعن أبي يوسف ومحمد أنهما قالاً يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لأن العتق لا يتبعض فإذا وجد في البعض سري إلى جميعه كالطلاق وتلزم العتق القيمة لأنه المثلث لنصيب صاحبه باعتاقه فوجب قيمته في ذمته كما لو أتلفه وقال أبو حنيفة لا يسري فيه العتق وإنما يستجنى به اعتاق النصيب الباقي فيخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستمعى العبد في قيمة نصيبه فإذا أداه إليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولأن الاستمعاء اعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن في الاستمعاء أضراراً بالشريك والعبد أما الشريك فأنما يحمله على سعاية قد لا يحصل منها شيء أصلاً وإن حصل فالظاهر أنه يكون متزقاً ويفوت عليه ملكه وأما العبد فإنه يجبره على سعاية لم يردّها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وقال سليمان بن حرب اليس الزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر فإذا أمرء بالسعي واعطاء كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأني ضرر أعظم من ذلك ؟

عتق كله وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً على الرواية التي تقول إن العتق يحصل بشاهد ويمين وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شيء لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه ، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حراً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً

(فصل) ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسمى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

(فصل) وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له لأن عتقه حصل باعترافه بحريته باعتناق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لأنه لا يدعي اعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره وإنما هو مخلص له ممن يترقه ظلماً فهو كخاص الأسير من أيدي الكفار وقيل أبو الخطاب يسري لأنه شراء حصل به الاعتناق فأشبهه شراء بعض ولده وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه لأنه رجع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الراء عليه أن عتقه؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ويحتمل أن يثبت لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا بدعيه أحد سواء ولا ينأزعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه ، وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً لا ولاء عليه لو اشترى

فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ، حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروبة وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكره وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية قال أبو داود وهمام أيضاً لا بقوله قال المروزي وضعف أبو عبد الله حديث سعيد وقال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : إن لم يكن له مال استسعى قال ابن عبد البر حديث أبي هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة وقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم إذا خالفهم غيرهم فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الأخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قري ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم بخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبد البر لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عذر ولا بحديث أبي هريرة على وجهه وكل قول خالف السنة فمردود على قائله ، والله المستعان .

(فصل) وإذا قلنا بالسعاية احتمل أن يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يسعى في أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار فن مات وفي يده مال كان لسيدة بقية السعاية وبقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون

منهما فان أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه؟ على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لأن أحداً لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وأنه بينهما أما بالعق الأول وأما بالثاني لأنهما إن كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولاً وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه وإن كان أحدهما صادقاً والآخر كاذباً فلا ولأه للصادق منهما لأنه لم يعتق النصف الذي كان له أولاً ولا صح عتقه في الذي اشتراه لأنه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لأنه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فأعتقه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعث عبد ثم اشتراه عتق عليه ، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق وبهذا قال الأوزاعي ومالك والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمستري ولأه على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبايع لأنه ينكر عتقه ، ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما أو كان موسرين عدلين خلف العبد مع كل واحد وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما

حكمه قبل ادائها حكم من بعثه رقيق أن مات فلشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية لأنه اعتساق بإداء مال فلم يمتق قبل ادائه كالكاتب ، وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد على المعتق إذا أيسر لأنه كفه السعاية باعتاقه

ولأنه حق لزوم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

﴿ مسألة ﴾ (وإذا كان العبد ثلاثة لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه وثلث سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثاً ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه)

إذا كان العبد مشتركاً بين جماعة فاعتق اثنان منهم وهم موسرون معاسرى عتقهم إلى باقي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رؤوسهم يتساوون في ضمانه وولاؤه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملأهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لأن السراية جعلت باعتاق مملوكهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنقعة واستحقاق الشفعة

ولأننا ان عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما (المغني والشرح الكبير) ٣٣٣ (الجزء الثاني عشر)

عدل آخر وعق العبد او ادعى عبد ان سيده أعتقه فأنكر وقامت البيينة بعقته عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لان أحداً لا يدعيه ولا يثبت لاحد حق ينكره فان عاد من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لانه لا مستحق له سواء وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف زال الانكار وثبت له ، وأما الموسران اذا أعتق عليهما فان صدق أحدهما صاحبه في انه أعتق نصيبه وحده او انه سبق بالعق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر فلان اتفاقا على ان كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما انه المعتق وحده او انه السابق بالعق تحالفاً و كان الولاء بينهما نصفين

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حراً بائتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعياً على شريكه نصف قيمته فان لم تكن بيينة قيمين كل واحد منهما الشريكه)

وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين اذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق نصيبه فمكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشريكه أعتقت نصيبك فسرى العتق الى نصيبك فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبى فصار العبد حراً لا عتراقهما

جرحاً والآخر جرحين فأت بها أو اتى أحدهما جزءاً من النجاسة في مائع واتقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة فانها ثبتت لازالة الضرر عن نصيب الشريك الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان ههنا لدفع الضرر منها وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منها يستويان في ادخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف اعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفاً. إذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما ثلاثاً لاننا إذا حكمنا بان الثلث معتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضمنناه إلى النصف الذي لاحدهما صار ثلثين وإذا ضمننا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعاً لصاحب السدس ربه ولصاحب النصف ثلاثة أرباعه والضمان كذلك ويشترط عتقهما معا بان يوكلا من يعتقه عنهما أو يوكلا أحدهما الآخر في عتق نصيبه ويتلفظا به معا لانه لو سبق أحدهما صاحبه عتق عليه جميعه على ما ذكرنا وبشرط اليسار أيضاً فيهما فان كان أحدهما موسراً وحده قوم عليه نصيب من لم يعتق لان المعسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على المعسر خاصة فان كان أحدهما موسراً ببعض ما يخصه قوم عليه ذلك انقدر وباقيه على الآخر مثل ان يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعاً لصاحب السدس ربه وباقيه لمعتق النصف لانه لو كان أحدهما معسراً قوم الجميع على الآخر فاذا كان موسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لانه مرسر وفيه اختلاف ذكرناه من قبل

بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كان لاحدهما بيعة حكم له بها وإن لم تكن بيعة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئاً فان نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعاً تساقط حقاها لثماثلتهما ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاستقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاستق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى بخلاف التي قبلها

(فصل) وإن كان أحد الشريكين موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً باعتناق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لانه يدعي ان المعسر الذي لا يسري عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لانه يجر بشهادته الى نفسه نفعاً لكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته فعلى هذا إن لم تكن للعبد بيعة سواء حلف الموسر وبريء من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لا يدعيه ولا للموسر لذلك أيضاً وان عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له وإن أقر الموسر باعتناق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء، وان كن للعبد بينة أجنبية تشهد باعتناق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجب القيمة للمعسر عليه، وان كانت رجلاً واحداً حلف العبد معه ويثبت العتق في إحدى الروايتين والأخرى لا يثبت العتق والمعسر أن

﴿مسئلة﴾ (وإذا اعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سري إلى باقيه في أحد الوجهين) ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه يقوم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقوم التلغات والوجه الثاني لا يسري ذكره أبو الخطاب لان فيه تدبير الملك والكافر لا يجوز ان يملك المسلم والاول أصح ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى كل واحد من الشريكين ان شريكه اعتق نصيبه وهما موسران فقد صار العبد حراً باعتراف كل واحد منهما أو صار مدعياً على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لو احدهما) وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه اعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشريكه اعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حراً لاعترافهما بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كانت لاحدهما بيعة حكم له بها وإن لم تكن بيعة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئاً فان نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعاً تساقط حقاها لثماثلتهما ولا ولاء عليه لو احدهما لانه لا يدعيه ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاستقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاستق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى فان اعتراف أحدهما به بعد ذلك ثبت له لانه لا مستحق له سواء وانما لم يثبت له لانكاره لانه اذا اعترف به زال الانكار فثبت له ولزمته قيمة نصيب شريكه لاعترافه بها

يخلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يخلف لأن الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين (فصل) وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه اعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً اعتق نصيب المدعي وحده لا اعترافه بحريته بسراية اعتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسري لانه لا يعترف انه المعتق له. وإنما اعتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ولا ولاء له عليه لانكاره له قل القاضي وولاءه موقوف وإن كان المدعي عدلاً لم تقبل شهادته لانه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعاً ومن شهد بشهادة يجر اليه بها نفعاً بطلت شهادته كلها، وأما إن كان المدعي عليه معسراً فالقول قوياً مع يمينه ولا يعتق منه شيء، وإن كان المدعي عدلاً حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقال حماد إن كان المشهود عليه موسراً سعى له وإن كان معسراً سعى لها وقال أبو حنيفة إن كان معسراً سعى العبد وولاءه بينهما وإن كان موسراً فولاء نصفه موقوف فإن اعترف انه اعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال

(فصل) إذا قل أحد الشريكين إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي حر وقال الآخر إن لم يكن غراباً فنصيبي حر وطار ولم يعلما حاله فإن كانا موسرين اعتق العبد كله وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً اعتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا وإن كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما لانه لم يتبين الخث فيه فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر اعتق نصفه لانهما حرية نصفه ولم يسر الى النصف الآخر وإن اشترى العبد أجنبي اعتق نصفه لان نصفه حر يميناً فلم يملك جميعه.

❦ مسألة ❦ (وإن كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما)

لانه ليس في دعوى أحدهما على صاحبه أنه اعتق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء استحقاق قيمتها على المعتق لكن عتق العسر لا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكبر من انه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فإن كانا فاسقين فلا أثر لكلامهما في الحل ولا عبرة بقولهما لان غير العدل لا تقبل شهادته، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة لان كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فإن حلف معهما تق كله وإن حلف مع أحدهما اعتق نصفه على الرواية التي تقول ان المعتق يثبت بشاهد ويمين وإن لم يخلف لم يعتق منه شيء لان المعتق لا يصل بشاهد من غير يمين وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله ان يخلف مع شهادة العدل ويصير ذمه حراً والآخر رقيقاً

(فصل) ومن قل بالاستسعاء فقد اعترف بان نصيبه خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستدعي في قيمته لا اعتراف كل واحد منهما بذلك في ذميه

❦ مسألة ❦ (وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه اعتق عليه ولم يسر الى النصف الذي كان له)

لان عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لانه لا يدعي اعتاقه بل

(مسئلة) قال (واذا مات رجل وخلف ابنين وعبدان لا يملك غيرهما وهما متساويان في القيمة فقال أحد الابنين أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما أقرع بينهما فان وقعت القرعة على الذي اعترف الابن بعتمه عتق ثلثاه ان لم يحز الابن عتمه كالا وكان الآخر عبدا وان وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الآخر ولاخيه نصه وسدس العبد الذي اعترف ان أباد عتمته فصار ثلث كل واحد من العبدان حرا)

هذه المسئلة محمولة على ان العتق كان في مرض الموت أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته لعتق كله ولم يقف على اجازة الورثة ، فاما اذا اعترفوا أنه أعتق أحدهما في مرضه فلا يخلو من أربعة أحوال : اما أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجزأ عتق جميعه فيعتق (الثاني) أن يعين كل واحد منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من

يعترف ان المعتق غيره وأما هو مخلص له ممن يسترقه ظلما فهو كمخلص الاسير من ايدي الكفار وقال أبو الخطاب يسري لانه شراء حصل به الاعتراف فاشبهه شراء بعض ولده فان أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل لانه رجوع عن الاقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه ان اعتمقه؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يثبت لما ذكرناه (والثاني) يثبت لانا نعلم ان على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب ان يقبل قوله فيه وان اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً ولا ولاء عليه لو أحد منهما فان اعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له ولاء ما اعتمقه؟ على وجهين وان أقر كل واحد منهما بانه كان يعتق نصيبه ومصدق الآخر في شهادته بطل البيعان وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان احدا لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وان لم يكذب واحد منهما نفسه لانا نعلم ان الولاء ثابت عليه لهما ولا يخرج عنهما وانه بينهما اما بالعتق الاول واما بالثاني لانهما ان كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي اعتمقه اولا وان كانا كاذبين فقد اعتق كل واحد منهما نصفه بعد ان اشتراه وان كان أحدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعتق النصف الذي كان له ولاصح عتمته في الذي اشتراه لانه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه اعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه وكلا واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

كل واحد منهما ثلثه لأن كل واحد منهما حقه نصف العبدین فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك هو الثلث ، ولأنه يعترف بجزية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منها وهو اثناث ويبقى الرق في ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه

(والحال الثالثة) أن يقول أحدهما أبي أعتق هذا ، ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منها — وهي مسألة الكتاب — فتقوم القرعة مقام تعيين الذي لم يعين فإن وقعت على الذي عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولها ، وإن وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد من العبدین حراً (الحال الرابع) أن يقولاً أعتق أحدهما ولا ندري من منها فإنه يقرع بين العبدین فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه إن لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فإن رجع الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وإن كان بعد انقراة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم ، وإن خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فإن عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وإن عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق في لذي عتق بالقرعة ؟ على وجهين

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمشتري ولأهله على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه اعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عايبهما أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد منهما وعتق العبد أو ادعى عبد أن سيده اعتقه فأنكر وقامت البيضة بعتقه عتق ولا ولأهله على العبد في هذه المواضع كلها لأن أحداً لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق ينكره فإن عاد من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لأنه لا مستحق له سواه وإنما لم يثبت له لأنكاره له فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له وأما الموسر إن إذا عتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر وإن اتفقا على أن كل واحد منهما اعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما أنه اعتق وحده أو أنه السابق فأنكر الآخر تحالفاً والولاء بينهما نصفين

❦ مسألة ❦ (وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده)

لإعترافه بأن نصيبه قد صار حراً باعتناق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لأنه يدعي أن المعسر الذي لا يسري عتقه اعتق نصيبه فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لأنه يجر إلى نفسه نفعاً لكونه يجب عليه بشهادته قيمة حصته فعلى هذا أن لم تكن للعبد بينة

(مسئلة) قال (واذا كان لرجل نصف عبد ولا آخر ثلثه ولا آخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسر ان عتق عليهما وضعنا حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤه بينهما أثلاثا لصاحب النصف ثلثاه ولصاحب السدس ثلثه)

وجعلته ان العبد إذا كان مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون سري عتقهم إلى باقي العبد ويكون "ضمان بينهم على عدد رؤوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قل الشافعي ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر املاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لان السراية حصلت باعتاق ملكيها وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة

وانا ان عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما جرحا والآخر جرحين فمات منهما أو ألقى أحدهما جزءاً من النجاسة في مائع وألقى الآخر جزأين وبفارق الشفعة فنها تثبت لازالة الضرر عن نصيب الذي لم يبيع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان ههنا لدفع الضرر منها وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منها يستويان في إدخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا

سواء حلف الموسر وبرى من اقيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لا يدعيه ولا للموسر أيضاً لذلك فمن عاد المعسر فاعتقه وادعاه ثبت له وان اقر الموسر باعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء وان كان للعبد دينة تشهد باعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجب القيمة للمعسر عليه وان كانت عدلا واحدا وحلف العبد معه ثبت العتق في احدي الروايتين والاخرى لا يثبت العتق وللمعسر ان يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لان الذي يدعيه مل يقبل فيه شاهد ويمين

(نصل) وإذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان للمدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لا اعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف اقيمة على شريكه ولا يسري لانه لا يعترف أنه المعتق له وانما عتق باعترافه بحريته لا باعترافه له ولا ولاء عليه لانكاره له قل انقاضي وولاؤه موقوف وان كان المدعي عدلا لم تقبل شهادته لانه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجوز بشهادته انيه نفعا ومن شهد بشهادة يجز بها إليه نفعا بطلت كلها وأما ان كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء فان كان المدعي عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقل حماد ان كان المشهود عليه موسراً سعى له . وان كان معسراً سعى لهما وقال أبو حنيفة ان كان معسراً استسعى العبد وولاؤه بينهما وان كان موسراً فولاؤه نصفه موقوف فان اعترف انه اعتق استحق الولاء والا كان الولاء لبيت المال

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثاً لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليها نصفين فنصف
 اثلاث سدس إذا ضمناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين وإذا ضمنا السدس الآخر إلى
 سدس المعتق صار ثلثاً. وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعاً: لصاحب النصف ثلاثة أرباعه
 ولصاحب السدس ربه والضمان بينهما كذلك
 فأما قوله فأعتقاه معاً فلا أنه شرط في الحكم الذي ذكرناه اجتماعهما في العتق بحيث لا يسبق
 أحدهما الآخر بأن يتلفظ به معاً أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهما معاً أو يوكلها وكلاً فيعتقهما أو
 يعلقا عتقه على شرط فيوجد، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكه جميعاً وكان الضمان
 عليه والولاء له كله. وقوله وهما موسران شرط آخر فإن سرية العتق يشترط لها اليسار فإن كان
 أحدهما موسراً وحده قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق لأن المفسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على
 الموسر خاصة، فإن كان أحدهما يجد بعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل أن يجد
 صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم
 أرباعاً لصاحب السدس ربه وباقيه لعتق النصف لأنه لو كان أحدهما موسراً قوم الجميع على الآخر فإذا
 كان موسراً ببضه قوم الباقي على صاحب النصف لأنه موسر

﴿مسألة﴾ (وإذا قل أحد الشريكين إذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر فاعتق الأول وهو
 موسر عتق كله عليه)

هذا اختيار الأصحاب أنه يعتق على الأول ويقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً ولا
 يقع اعتاق شريكه لأن السرية سبقت فمنعت عتق الشريك قال شيخنا ويحتمل أن يعتق عليهما
 جميعاً لأن عتق نصيبه سبب السرية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما
 في حال واحدة وقد يرجح وقوع عتق الشريك لأنه تصرف منه في ملكه والسرية تقع في غير ملك
 على خلاف الأصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ولأن سرية العتق على خلاف الأصل لكونها
 انلافاً لملك المعصوم بغير رضاه والزاماً للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وإنما ثبت لمصلحة تكميل
 العتق فإذا حصلت هذه المصلحة باعتق الملك كان أولى.

﴿مسألة﴾ (وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا نصيبه) لما ذكرنا من أن عتق المعسر لا يسري إلى
 نصيب شريكه ويعتق نصيب شريكه بالشرط

﴿مسألة﴾ (وإن قل إذا اعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتق عليهما موسراً
 كان أو معسراً)

ولم يلزم المعتقد شيء لأن العتق وجد منهما معاً فهو كالوكل لرجل في اعتقه عنهما فاعتقهما وقيل يعتق
 كله على العتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم أن يكون سابقاً عليه والأول أولى لأنه أمكن

(مسألة) (قل واذا كانت الامة بين شريكين فأصابها أحدهما واحبها ادب ولم يبلغ به الحد وضمن نصف قيمتها لشريكه وصارت ام ولد له وولده حر وان كان معسرا كان في ذمته نصف مهر مثلها وان لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها وهي على ملكيهما)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة لان الوطاء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح بدليل قوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) واكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حدا لان له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دائرة للحد واوجبها ابو ثور لانه وطء محرم لاجل كونه في ملك غيره فأشبهه مالو لم يكن له فيها ملك

ولنا انه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الخائض ويفارق مالا ملك له فيها فانه لا شبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ولا خلاف في انه يعزر لما ذكرناه في حجة أبي ثور ثم لا يخلو من حالين اما ان لا تحمل منه فهي باقية على ملكها وعليه نصف مهر مثلها لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فاوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته وسواء كانت مطاوعة او مكرهة لما ذكرنا ولان وطء جارية غيره يوجب المهر وان طاعت لان المهر

العمل بمقتضى شرطه فوجب العمل به لما ذكرنا .

(فصل) فان قال إن اعتقت نصيبك فنصبي حر قبل اعتاقك وقما معا إذا اعتق نصيبه هذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على العتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتاق في زمن ماض ومقتضى قول ابن شريح ومن وافقه من قال بسراية العتق أن لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتق نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا وينتفع عتق نصيب الشريك ويفضي إلى الدور فيمتنع الجميع وسنذكر ذلك في الطلاق ان شاء الله تعالى

فصل إذا كان لرجل نصف عبيدين متساويين في القيمة لا يملك غيرهما فاعتق أحدهما في صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان اعتق النصف الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وان اعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه واذا اعتق الثاني وقف على اجازة الورثة وان اعتق الاول في صحته واعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه ديناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه الا أن يجيز الورثة .

(فصل) إذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق شركا له في عبد فسرى إلى نصيب الشريك .

لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها كما لو ادبت في قطع عضو من اعضائها ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها (الحال الثاني) ان يجلبها وتضع ما يتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك ام ولد للواطيء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالاعتاق وسواء كان الواطيء موسراً او معسراً لان الايلاد اقوى من الاعتاق ويلزمه نصف قيمتها لانه اخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو اخرجه بالاعتاق او الاتلاف فان كان موسراً اداه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو اتلفها والولد حر يلحق بنسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فأشبهه مالووطىء زوجته وقال القاضي الصحيح عندي انه لا يقوم عليه نصيب شريكه اذا كان معسراً بل يصير نصفها ام ولد ونصفها قائماً بقايا في ملك الشريك لان الاحبال كالعتق ويجري مجراه في التقويم والسراية فاعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهذا قول ابي الخطاب ايضاً ومذهب الشافعي فملى هذا اذا ولدت احتمل ان يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً لان نصف أمه ام ولد ونصفها قن لغير الواطيء فكان نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً كولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الولد من حروقن ووجه قول الحنفي ان بعضها ام ولد فكان جميعها ام ولد كما لو كان الواطيء موسراً أو يفارق الاعتاق فان الاستيلاء اقوى ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبي والمجنون والاعتاق بخلافه

وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرماً قيمة العبد جميعه ، وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه ولنا انهما فروتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بيجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما

(فصل) وان شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم الحاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعتق آخر وهو ثلث ماله ثم رجعا الأولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فان كانت سابقة ولم يكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرم شيئاً ويحتمل ان يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعاه عتقه بشهادتهما المرجوع عنها وان صدقوهما في رجوعهما وكذبوهما في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتاه رقه عليهما بشهادتهما المرجوع عنها وان كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الاخرى بطل حكم عتق المحكوم بعتقه لاننا تبيننا ان الميت قد أعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئاً لانهما ما فوتاه شيئاً وان كانتا مطلقتين أو احدهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما فان خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق وان خرجت قرعة الاول عتق

(فصل) قال ابو الخطاب وهل نلزمه قيمة الولد ومهر الأمة؟ على وجهين (أحدهما) لا يلزمه ذلك وهو ظاهر قول الخرقى لانه لم يذكرها لان الأمة صارت مملوكة له فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ولان الولد خلق حراً فلم يقوم عليه ولده الحر (والوجه الثاني) يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها لان الوطاء صادف ملك غيره وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطاء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطاء على ملكه فيكون في ملك غيره فيوجب مهر المثل وفعله ذلك منع اخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور، وقال القاضي ان وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الواطئ لانها وضعت في ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها، وان وضعت قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه تلزمه قيمته

(فصل) ولا فرق بين أن يكون له في الأمة ملك كثير أو يسير، وقد ذكر الخرقى فيها إذا وطئ جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها، وان كان إنما له فيها سهم يسير من كثير من ألف سهم :

ونظرنا في الورثة فإذا كذبوا الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهم فوتوا رقه بغير حق وان كذبوهما في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقررون بعق المحكوم بعقته .

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه ويصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار ومجيء المطار لانه عتق بصفة فصيح كالتيدير واذا علق عتقه على مجيء وقت كقوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يجيء رأس الحول وله بيعه وهبته واجارته ووطء الأمة كالتيدير وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر قل احمد إذا قال له لامة أنت حر الى أن يقدم فلان ويجيء فلان والى رأس السنة والى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال

وإذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما يريد إذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك أنه قال إذا قل لعبده أنت حر في رأس الحول عتق في الحل والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها لانه لا يملكها ملكاً تاماً ولا يبيعها ولا يبيعها وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد أنه لا يطؤها لان ملكه غير تام عليها والاول أصح لما روي عن أبي ذر أنه قال لعبده أنت عتق إلى رأس الحول فلولاً ان العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه ولانه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال إذا أدت إلي ألفا فانت حر واستحقاقه للعتق لا يمنع اباحة الوطاء كاستيلاء وأما المكاتب فأنما لم يبيع وطؤها لانها اشترت نفسها من سيدها بم عوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسيلتنا، ومجيء الوقت وهو في ملكه

(مسئلة) قال (وان ملك سهما ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه، وان كان معسرا لم يعتق عليه الا مقدار ممالكه، وان ملك بعضه بالميراث لم يعتق منه الا مقدار ممالك موسرا كان او معسرا)

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»، رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وروى ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» وسئل أحمد عن ضمرة فقال ثقة إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل (أحدهما) هذا الحديث وروى عن ابراهيم عن الاسود عن عمر انه قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم فأما ان ملك سهما ممن يعتق عليه مثل أن يملك سهما من ولده فانه يعتق عليه ممالك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالمهبة والاعتناء والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرناه او بغير اختياره كالميراث لان كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالاتفاق بالقول ثم ينظر فان كان معسرا لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو أعتقه بقوله لم يسر اعتاقه مع تصريحه بالعتق وقصده اياه فهنا أولى، وإن كان موسرا وكان الملك باختياره كالمالك بغير

عتق بغير خلاف نعلمه فان خرج عن ملكه ببيع او ميراث لم يعتق .
وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال النخعي وابن أبي ليلى إذا قال لعبده ان فمات كذا فأنت حر فباعه بيعا صحيحا ثم فعل ذلك عتق وانتقض البيع قال ابن أبي ليلى إذا حلف بالطلاق لا قلت فلانا ثم طلقها طلاقا بائنا ثم كره حنث وعامة أهل العلم على خلاف هذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولانه لا ملك له فلم يقع طلاقه وعتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم .

(فصل) وإذا قال لعبده إن لم أضربك عشرة اسواط فانت حر ولم ينر وقتا بعينه لم يعتق حتى يموت وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر أهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فان باعه ففسخ البيع.

ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فلم يفسخ كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها (مسئلة) (وإذا علق عتق عبده بشرط كقوله ان أدبت إلي الغا فانت حر أو ان دخلت الدار فانت حر فهي صفة لازمة الزمها نفسه ولا يملك ابطالها بالقول قياساً على النذر) ولذلك ان انفق السيد والعبد على ابطالها لم تبطل لذلك ولو أبرأ السيد من الالف لم يعتق بذلك ولم يبطل التعليق لانه لاحق له في ذمته ببرئه منه

الميراث سري إلى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لأنه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه إلا ممالك سواء ملكه بشراء أو غيره لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما عتقه لأنه فعله باختياره قاصداً إليه

ولنا أنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً إليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث فإنه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولأن من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنساناً فسرى جرحه ، ولأن مباشرة لما يسري وتسببه إليه في لزوم حكم السراية واحد يدل على استواء الخافر والدافع في ضمان الواقع فأما أن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر في مملكته ورق الباقي سواء كان موسراً أو معسراً لأنه لم يتسبب إلى اعتاقه وإنما حصل بغير اختياره ، وبهذا قل مالك والشافعي وأبو يوسف وعن أحمد ما يدل على أنه يسري إلى نصيب شريكه إذا كان موسراً لأنه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله والمذهب الأول لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبي وفارق ما تسبب إليه (فصل) وإن ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليها عتق ولم يسر إلى باقيه لأنه إذا لم يسر في حق المكلف ففي حقها أولى وإن وهب لها أو وصى لها به وهما معسران فعلى وليها قبوله

(فصل) ولا يعتق قبل وجود الصفة بكاملها فلو قال لعبد إذا أدت إلي الفأ فأنت حر لم يعتق حتى يؤدي الألف جميعها ، وذكر القاضي أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال أنت حر إن أكلت رغيفاً فأكل نصفه ولا يصح ذلك لوجوه

(أحدها) أن أداء الألف شرط العتق وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكاملها لثبوت الأحكام وتنتفي بانتفاء كسائر شروط الأحكام (الثاني) أنه إذا علقه على وصف ذي عدد فلعدد وصف في الشرط ومن علق الحكم على شرط ذي وصف لم يثبت ما لم توجد الصفة كقوله لعبد إذا خرجت عارياً فأنت حر فخرج لا بأساً لم يعتق فكذلك العدد (الثالث) أنه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يبحث بفعل البعض كما لو حلف لأصليت صلاة أو لا صمت صياماً لم يبحث حتى يفرغ مما سمي صلاة ويصوم يوماً ، ولو قال لا مراة أن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة ، وذكر الألف ههنا يدل على أنه أراد الفأ كاملة (الرابع) أن الأصل الذي ذكره فيما إذا قل أن أكلت رغيفاً فأنت حر أنه يعتق بأكل بعضه ممنوع وإنما إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يبحث في رواية في موضع يحتمل إرادة البعض ويتناول اللفظ كمن حلف لا يصلي فشرع في الصلاة أو لا يصوم فشرع في الصيام أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ونحو هذا لأن الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء

لأنه تقع لما باعتاق قريبهما من غير ضرورة يلحق بهما وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقية إذا ملكا به؟ وفيه وجهان

(أحدهما) لا يقوم ولا يسري العتق اليه لأنه يدخل في ملكه بغير اختياره فأشبه ما لو ورثه (والثاني) يقوم عليه ، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لولي قبوله لما فيه من الضرر وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له أن يقبله فقبله احتمال أن لا يصح القبول لأنه فعل مالم يأذن الشرع فيه فأشبه مالو باع ماله بغيره ، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه ، لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حججه

(فصل) وإذا باع عبداً الذي رحمه وأجني صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذو الرحم معسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقل القاضي لا يضمن لشريكه شيئاً ، لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في اعتاق نصيبه

ولما أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقية مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه

(فصل) وإذا كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فأشترها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة

الذي شرع فيه والتقدر الذي شربه من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحلت لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبر إلا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على أداء الألف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها كمن حلف ليؤدين ألفاً لا يبر حتى يؤديها

(الخامس) ان موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت الشروط بدون شرطه كقول النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها لم يستحق إلا العقوبة وقوله « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » لا تكون له بشروعه في الأحياء ، ولو قال في المسابقة من سبق إلى خمس أصابات فهو سابق لم يكن سابقاً إذا سبق إلى أربع ولو قال من رذضاتي فله دينار لم يستحقه بالشروع في ردها فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل ؟ وإنما الرواية التي جاءت عن أحمد في الإيمان فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه : يحث لأن الإيمان على الترك يقصدها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق الشروط على الشرط (فصل) وما يكتسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده لأنه لا يوجد عتق يمنع كون كسبه لسيده

إلا أنه إذا علق عتقه على أداء مال معلوم فما أخذه السيد حسبه من المال فإذا كمل أداء المال عتق ، وما فضلي في يده لسيده لأنه كسب عبده ، وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبها ولدها في أحده

واحدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج وأخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر شيء منه لانه عتق عليهما في حال واحدة ، ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لهما أو وصي لهما بما قبلها في حالة واحدة فكذلك وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا فإن قبل الابن أو لا عتقت عليه الام وحملها ، حصته من الام بالملك وتبعها حصته من الحمل وسرى العتق إلى الباقي من الام والولد وعليه قيمة باقيهما الزوج ، وإن قبل الزوج أو لا عتق عليه الحمل كله نصيبه بالملك وباقيهما بالسرية وقوم عليه ثم اذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ، ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كالمو قبلها دفعة واحدة

(فصل) واذا كان لرجل نصف عبدین متساویین في القيمة لا يملك غيرها فأعتق أحدهما في صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وإن أعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو اثنان من العبد الذي أعتق نصفه فاذا أعتق الثاني وقف على اجازة الورثة وإن أعتق الاول في صحته وأعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه ديناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا ان يجيز الورثة

(فصل) اذا شهد شاهدان على رجل انه أعتق شركا له في عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه

الوجهين لانها أمة قن فأشبهه مالو قال ان دخلت الدار فأنت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه عتق من السيد فأشبهه مالو باشر العتق

(فصل) إذا علق عتقه بصفة ثم باعه ثم اشتراه ووجدت الصفة عتق وهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان (أحدهما) لا يعتق لان ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يعتق كما لو لم يزل ملكه عنه ، وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه لانه لو نجز العتق لم يقع . فاذا علقه كان اولى بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا

﴿مسئلة﴾ (إلا أن تكون الصفة وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود بهوده؟ على روايتين) (إحدهما) لا تعود لانها انحلت بوجودها فلم تعد كما لو انحلت بوجودها في ملكه

(والثانية) تعود لانه لم توجد الصفة التي يعتق بها فأشبهه مالو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ولان الملك مقدر في الصفة فكأنه قال اذا دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر ولم يوجد ذلك وقد روي عن احمد في الطلاق انه يقع لان التعاليق والشرط وجد في ملكه فأشبهه مالو لم يتخللها دخول ومن نصر الرواية الاولى قال ان العتق معلق بشرط لا يقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت المين وقد

وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا الا بعثق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه

ولنا انهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما

(فصل) وإن شهد شاهدان على ميت بعثق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكمنا بمشهادتهما وعثنى العبد ثم شهد آخران بعثق آخر هو ثلث ماله ثم رجعا الاولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فإن كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً ويحتمل ان يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعاه بعثقهما بالرجوع عنها، وإن صدقوا في رجوعهما وكذبوا في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتا رقه عليهما بشهادتهما المرجوع عنها، وإن كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الاخرى بطل عتق المحكوم له بعثقه لاننا تبينا ان الميت قد اعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرما الشاهدان شيئاً لانهما مافوتا شيئاً وإن كانتا مطلقتين او احدهما او اتفق تاريخهما أقرع بينهما فإن خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق، وإن خرجت قرعة الاول عتق ونظرنا في الورثة فإن كذبوا الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهما فوتا رقه بغير حق فإن كذبوا في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقولون بعثق المحكوم بعثقه

وجد الدخول في ملك غيره فأنحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح الثاني يبنى على النكاح الاول بدليل أن طلاقاً في النكاح الاول يحسب عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

﴿مسئلة﴾ (وتبطل الصفة بالمرت) لان ملكه يزول بموته فتبطل تصرفاته بزواله كالبيع

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي او أنت حر بعد موتي بشهر

فهل يصح ويعتق بذلك؟ على روايتين)

إذا قل ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر لم تنعقد هذه لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه فلم يصح كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر ولأنه اعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق به كالمعجز (والثانية) يعتق ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع سلمة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فان الله تعالى جعل للانسان ان تصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلمة لان الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسئلتنا وسند ذكر ذلك بأبسط من هذا في التدبير ان شاء الله تعالى وعنه يصح لانه اعتاق

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم في مرض موته أو درهم أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ولم يخرج من ثلثه إلا واحد اتساوي قيمتهم أفرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه)

وجملة ذلك ان العتق في مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث لان النبي ﷺ لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مبركين في رضى إلا ثلثهم ، ولانه تبرع بمال أشبه الهبة فان أعتق أكثر من الثلث لم يجز إلا الثلث . فان أعتق عبدا في مرضه واحداً بعد واحد بدى بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث . وإن وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أفرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة . ومسئلة الخرق فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم وأما ان درهم استوى المقدم والتأخر منهم لأن التدبير عتق معاق بشرط وهو الموت والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد وكذلك الموصى بعتقه يستوي هو والتدبير لان الجميع عتق بعد الموت فتى أعتق ثلاثة أعبد متساويين في اقيمة هم جميع ماله دفعة واحدة أو درهم أو وصى بعتقهم أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم ولم يجز الورثة أكثر من الثلث أفرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحبه ، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وابن عمر عثمان ومالك والشافعي وإسحاق وداود وابن جرير

بعد الموت فصح كما لو قال أنت حر بعد موتي ، وان قل أنت حر بعد موتي بشهر فقد روي عن احمد في رواية منها انه لا يعتق ولا تصح هذه الصفة ، وقل أيضاً سألت احمد عن رجل قال أنت حر بعد موتي بشهر بالف درهم فقال هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته وهذا اختيار ابى بكر ، وذكر القاضي وابن ابي موسى رواية أخرى انه يعتق إذا وجدت الصفة ن بعد الموت ومضت المدة المذكورة وهذا قول اشوري وابى يوسف واسحاق ووجهها ما تقدم وقال أصحاب الرأي لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قل يعتق يكون قبل العتق ملكاً للوارث وكسبه له كام الولد والمدير في حياة السيد وان كان امة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي والله سبحانه أعلم

(فصل) إذا قال لعبد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قل هو حر ان لم يكن في قيده عشرة ارطال فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة ارطال فخبر بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة ارطال عتق العبد بحل قيده وتبيننا انه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمها لان شهادتها الكاذبة سبب عتقه

وقال أبو حنيفة يعق من كل واحد ثلثه ويستسعى في باقيه وروي نحوه هذا عن سعيد بن المسيب وشرح والشعبي والنخعي وقتادة وحماد لأنهم تساوا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الاستحقاق كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من القمار وحكم الجاهلية ولعلمهم يردون الخبر الوارد في هذه المسئلة لمخالفتها قياس الأصول. وذكر الحديث لحاد فقال هذا قول الشيخ — يعني أبايس — فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة أحدهم المجنون حتى يفيق — يعني أنه مجنون — فقال له حماد مادعاك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت فما دعاك إلى هذا؟ وهذا قليل في جواب حماد وكان حريا أن يستتاب عن هذا فإن تاب وإلا ضربت عنقه

ولنا ما روى عمران بن الحصين أن رجلا من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لاملال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة. وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الأمرين المختلفين فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن. ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وأبو المهاب ثلاثة أئمة. ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الخذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الانصاري عن النبي ﷺ

واتلافه فضمننا كالشهادة المرجوع عنها ولأن عتقه حكم بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فاشبه الحكم بالشهادة التي جمان عنها وهذا قول أبي حنيفة (واثنائي) لاضمان عليهما وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما وإنما حصل بحمل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمننا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وان قال لعبد أنت حر متى شئت لم يعق حتى يشاء بأقول فتى شاء عتق سواء كان على الفور أو التراخي وان قال أنت حر ان شئت فكذلك ويحتمل أن يقف على المجلس لأن ذلك بمنزلة التخيير ولو قل لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور فان تراخي ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة وان قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يمتق في الحال وهو قول أبي حنيفة لأن كيف الاقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا فلا تقتضي توقيف العتق إنما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال كان ويحتمل أن لا يمتق حتى يشاء وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن يعق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لأن كيف تعطي ماتعطي حتى وأي حكمها حكمها وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق أنه اذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجزي ههنا مثله

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخل في حياة السيد صار مدبرا)

قال أحمد أبو زيد الانصاري رجل من أصحاب النبي ﷺ، وروى نحوه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ. ولأنه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالفرقة كتسمة الاجبار إذا طلبها أحد الشريكين ونظيره من التسمية ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لا ضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فإنه يجمل كل بيت سهماً ويتبرع بينهم بثلاثة أسهم لصاحب اثنتي عشرة سهم وللآخر سهماً

وقولهم إن الخبر يخالف قياس الأصول نفع ذلك بل هو موافق له لما ذكرناه وقياسهم فاسد لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسئلتنا. وإن سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه، لأنه قول المصوم الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين وأمرنا باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفته وأمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته. وتطرق الخطأ إلى التماس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة خارجاً. وقولهم في مسئلتنا في مخالفة التماس والأصول أشد وأعظم والضرر في مذهبيهم أعظم، وذلك لأن الإجماع منعقد على أن صاحب الثلث في الوصية وما في معناها

لأنه وجد شرط التدبير وهو دخول الدار وإن لم يدخل حتى مات بطلت الصفة لأنه يزول به الملك ولم يوجد التدبير لعدم شرطه وسند كره في التدبير إن شاء الله تعالى

﴿مسألة﴾ (وإن قل أن ملكك فلا فهو حر أو كل مملوك أملاكه فهو حر فهل يصح؟ على روايتين)

(أحدها) لا يصح ولا يعتق روي ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي وجار بن عبد الله وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد من التابعين قال وهو قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ «لا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك» قال الترمذي وهو حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا الباب، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال «لا طلاق فيما لا يملك ابن آدم وإن عيناها» رواه المنذر قطني، وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ «لا طلاق قبل نكاح» وروي عن النبي ﷺ أنه قال «لا طلاق قبل ملك» رواه أبو داود الطيالسي قال أحمد هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فكان إجماعاً وهذا ظاهر المذهب ولأنه لا يملك بتخيير العتق فلم يملك تملكه (والثانية) يعتق إذا ملكه لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه فيه فأشبه ما لو كان التعليق في ملكه، وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال إن اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتره عتق

لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثله . وفي مئة ثلث يعتقون الثلث ويستعبدون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال أصلاً وبحيلونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شيء أصلاً ، وربما لا يحصل منها في الشهر إلا درهم أو درهمان فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم وربما كان المجر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبداً فيسرق أو يتطعم للطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والاضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضرر من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ما ذكرناه ، وأما انكارهم للقرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال تعالى (فساهم فكان من المدحضين) . وأما السنة فقال أحمد : في القرعة خمس سنن أفرع بين نساءه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين « استهما » وقال « مثل القم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة » وقال « لو يعلم الناس ما في النداء والصف الاول لاستهموا عليه » وفي حديث الزبير ان صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضي الله عنه فوجدنا إلى جنبه فتيلاً فقلنا حمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا

قال ابو بكر في كتاب الشافي لا يختلف قول أبي عبد الله ان العتاق يقع الا ما روى محمد بن الحسن ابن هارون في العتق أنه لا يقع وما اراه الا غلطاً ذن كان قد حفظ فهو قول آخر ولانه لو قل لا مته أول ولد تلدينه فهو حر فانه يصح كذلك هذا وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ولانه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين وقال مالك ان خص جنساً من الاجناس أو عبداً بعينه عتق إذا ملكه وان قل كل عبد املكه لم يصح والاوّل أصح ان شاء الله تعالى لانه تعليق للعتق قبل الملك فأشبه ما لو قال لامة غيره: ان دخلت الدار فأنت حرة ثم ملكها ودخلت الدار ولما ذكرنا من الاحاديث

﴿ مسألة ﴾ (فان قل العبد ذلك ثم عتق وملك عتق في أحد الوجهين قياساً على الحر (والثاني)

لا يعتق وهو الصحيح)

لان العبد لا يصح العتق منه حين التعلق لكونه لا يملك وإن ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لا يتمكن من التصرف فيه والسيد انتزاعه منه بخلاف الحر

(فصل) إذا قال الحر أول غلام املكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان ذكرناهما فان قلنا يصح عتق اول من يملكه لوجود الترتيب فان ملك اثنين معاً عتق احدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قال في رواية مهنا اذا قال اول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنين منهم او جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل ان يعتق جميعاً لان الاولية وجدت فيهما جميعاً ثبتت الحرية

أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهم ما ثم كفتنا كل واحد في الثوب الذي طار له ، وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا أعلم بينهم خلافا في ان الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفر بإحداهن ، وإذا أراد البداية بالقسمة بينهم وبين الاولياء إذا تساوا وتشاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء التصاعص وأشبه هذا

(فصل في كيفية القرعة ، قال أحمد قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قل يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال أحمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعاً أو خواتيم قال أصحابنا المتأخرون الأولى أن يقطع رقاعاً صغيراً متساوية ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر أو يغطي عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فخرج بندقية فينفذها ويعلم ما فيها وهذا قول الشافعي ، وفي كيفية القرعة والعق ست مسائل (أحدها) أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلثة أو ستة أو تسعة وقيمتهم متساوية ولا مال له غيرهم فيخرجون ثلاثة أجزاء جزءاً للحرية وجزءين للرق وتكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية وفي اثنين رق ويترك في ثلاثة بندق وتغطي بثوب ويقال للرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزء ان الآخر ان وإن خرجت قرعة رق رق وأخرجت أخرى على جزء آخر فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وإن خرجت

فيهما كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتراكية العشرة ، وقال النخعي يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا أول فيها لان كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الاولية سبق الاول

ولنا ان عذبن لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالأول واحد وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً ، وإذا وجدت الصفة فيها فاما ان يعتق جميعاً أو يعتق أحدهما وتعييه القرعة على ما نذكره ، وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين خرجا معاً

﴿مسألة﴾ (وان قال آخر مملوك اشتريه فهو حر فملك عبيداً لم يعتق واحد منهم حتى يموت) لانه ما دام حياً فانه يحتمل ان يشتري عبداً يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبيننا أنه كان حراً حين ملكه فتكون اكسابه له وإن كان أمة كان اولادها احراراً من حين ولدتهم لانهم أولاد حرة وإن كان وطئها فعليه مهرها لانه وطئ حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها إذا اشتراها حتى يشتري بعدها غيرها لانه ما لم يشتري بعدها غيرها فهي أخرى في الحال وإنما يزول ذلك بشراء غيرها فوجب أن يحرم الوطاء وإن اشترى اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين في الفصل الذي قبله

قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل اجزاء في رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المسمون فيها ورق الباقيون ، وإن خرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم أخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث

(المسئلة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كسنة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف ألف فيجعل الاثنين الاوسطين جزءاً ويجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً والآخران جزءاً فيكونون ثلاثة اجزاء متساوية في العدد والقيمة على ما قدمناه في المسئلة الاولى ، قيل لاحد لم يستروا في القيمة ؟ قال يقومون بالثمن .

(المسئلة الثالثة) يكونون متساوين في العدد مختلفين في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كسنة أعبد قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف ففهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحمد وقال إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمتهم بالعدد تكرار القرعة وتبعض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى ، بيان ذلك اننا لو جعلنا

(فصل) إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين واشبكل أولهما خروجاً بالقرعة كالتى قبلها فإن علم أولهما خروجاً عتق وحددوهو قول مالك والثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن والشعبي وقتادة إذا ولدت ولدين في بطن فها حران

ولنا انه انما اعتق الاول والذي خرج سابقاً هو الاول من المولودين فاختص العتق به فهو كما لو ولدتهما في بطنين فان ولدت الاول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف أنه يعتق الحي منهما وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح قاله شيخنا لان شرط العتق انما وجد في الميت وليس محلاً للعتق فأنحلت اليمين به وانما قلنا ان شرط العتق وجد فيه لانه أول ولد بدليل أنه إذا قال لامته إذا ولدت فأنت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت ، ووجه الاول ان العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما لو قال ان ضربت فلاناً فبدي حر فضربه حياً عتق وان ضربه ميتاً لم يعتق ولانه معلوم من طريق الامادة أنه قصد عتد يمينه على ولد ينصح العتق فيه وهو أن يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال أول ولد تلدينه حياً

(فصل) فان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدت في قول جمهور العلماء منهم مالك والاوزاعي والليث والثوري والشافعي قال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

الذي قيمته الف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا ان نعبد القرعة بينهما فاذا خرجت على
على القليل القمية عتق واعتق من الذي قيمته الف تمام الثلث

وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم اعيدت لتكميل الثلث فاذا وقعت
على واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعية والتكرار ولان قسمتهم بين المشتركين
فيهم انما يعدلون فيها بالقيمة دون الاجزاء فعلى هذا يجعل الذي قيمته الف جزءاً والاثنين اللذين قيمتهما
الف جزءاً والثلاثة الباقيين جزءاً ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا

(المسئلة الرابعة) أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة احدهم الف وقيمة اثنين الف وقيمة
اربعة الف فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كسبعة اعداد قيمة اثنين الف وقيمة اثنين سبعمائة
وقيمة اثنين خمسمائة فها هنا نجزؤهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فيجعل كل اثنين جزءاً ويضم كل
واحد من قيمتهما قليلة الى واحد من قيمتهما كثيرة ويجعل المتوسعين جزءاً وبقية بينهم فاز وقعت
قرعة الحرية على جزء قيمته اكثر من اثلاث اعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية
ويعتق من الآخر ثمة الثلث ورزق باقيه والباقيون وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا
جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقيين بالقرعة

﴿مسئلة﴾ (فان قال لامته آخر ولد تلدينه فهو حر فولدت حياً ثم ميتاً لم يعتق الاول)
لانه لم يوجد شرط عتقه وعلى قياس قول الشريف وابي حنيفة فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو
حر فولدت ميتاً ثم حياً يعتق الحي وان ولدت ميتاً ثم حياً عتق الثاني لوجود شرطه وان ولدت
توأمين فاشكل الآخر منها فان أحدهما استحق العتق ولم يعتق بعينه فوجب اخراجه بالقرعة وسيأتي
ذلك ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في العتق في أصح الوجهين الا أن تكون حاملاً
به حال عتقها أو حال تعليق عتقها)

إذا علق عتق أمة بصفة وهي حامل تتبعها ولدها في ذلك لانه كعضو من أعضائها فان وضعته
قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لانه تابع في الصفة فأشبه ما لو كان في البطن وان كانت
حائلاً حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لان العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها
ولدها كالمجنز فان حلت بعد التعليق وقبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لان
الصفة لم تتعلق به في حال التعليق ، وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق لا في الصفة فاذا لم توجد فيها
لم توجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه يتبعها في التدبير وإذا بطل فيها بقي فيه

(المسألة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف واثنان ألف واثنان ثلاثة آلاف احتمال أن يجزئهم ثلاثة أجزاء فيجعل أحدهم أكثرهم قيمة جزءاً ويضم إلى الثاني كثير القيمة أقل الباقيين قيمة ويجعلهما جزءاً والباقيين جزءاً ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب إلى ما فعله النبي ﷺ ويمدل الثلث بالقيمة على ما تقدم واحتمل أن لا يجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يتوفى الثلث فيكتب خمس رقاع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج ثمانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث وإن كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكتب ثمانية رقاع باسمائهم ثم يخرج على الحرية رقعة بعد أخرى حتى يستوفى الثلث (والثاني) أن يجزئهم أربعة أجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق فمخرجهم الحرية عتق ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمي رق فمخرجهم الحرية أعيدت بينهم فمن خرج اسمه الحرية كل الثلث منه (والثالث) أن يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة وثلاثا واثنان ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمخرجهم الحرية للاثنتين عتقا وكل الثلث بالقرعة من الباقيين وإن خرجت الثلاثة قرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب وروي عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكن اثنين إن كانا قيمته ولا يقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ثم يقرع بين الذي بقي والذي تصيبه القرعة ينظر ما بقي من قيمته من الثلث فيعتق حصته فإن كان جميع ماله عبيدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حل

(فصل) وإن كان للعق سال غير العبد مثلاً قيمة العبيد أو أكثر عتق العبيد كلهم لخروجهم

﴿مسألة﴾ وإذا قال لعبد أنت حر وعليك ألف أو على ألف عتق ولا شيء عليه وعنه أن لم يقبل لم يعتق (إذا قال لعبد أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فعتق ولم يلزمه الألف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت أبا عبد الله قيل له إذا قال أنت حر وعليك ألف درهم فقل جيد قيل له فإن لم يرض العبد قل لا يعتق إنما قل له على أن يؤدي إليه المأ فان لم يؤدي فلا شيء فان قال أنت حر على ألف فكذلك في إحدى الروايتين لأن على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فاشبه قوله وعليك ألف واثنان إن قبل العتق عتق ولزمته الألف وإن لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وهذه الرواية هي الصحيحة لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال أنت حر بالف ولان على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى (قل له موسى هل اتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً) وقال (فهل نجعل لك خراجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً) وقال (أني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجري ثمانى حجج) ولو قل في النكاح زوجتك فلانة ابنتي على خمسمائة درهم وقل الآخر قبلت صح النكاح ووجب الصداق

من اثلث وان كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم وان كانا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا اثلثة اربعة عتق اربعة اتساعهم وطريقه ان تضرب قيمة العبد في ثلاثة ثم تنسب اليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فاذا كان قيمة العبد الباقي بالتركة الف ضربت قيمة العبد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الالفين تكن ثلثها فيعتق ثلثاهم وان كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب اليها التركة كلها تكن اربعة اتساعها وان كان قيمتهم اربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر ألفا ونسبت اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم (فصل) وان كان على الميث دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء وان كان يحيط ببعضها قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين وان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتبت رققتان رقعة للدين ورقعة للتركة وتخرج واحدة منهما على احد الجزئين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقعات رقعة للدين واثنان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب اربع رقعات رقعة للدين وثلاثة للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقعة التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة جاز وقيل لا يجوز لثلاث تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والاول اصح لانه انما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء فأما اذا كان له وفاء لم يمنع منه بدليل مالو كان للعتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فانه لا يمنع من العتق قبل وفائه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال على ان تخدمني سنة فكذلك)

وقيل ان لم يقبل لم يعتق رواية واحدة فلي هذا اذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة وان مات السيد قبل كل السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته ولنا ان العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته كالمخلع في النكاح والصاح في دم العبد فاذا قل أنت حر على ان تعطيني ألفا فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل فاذا قبل عتق ولزمه الالف فاما ان قال أنت حر بالالف لم يعتق حتى يقبل ويلزمه الالف (فصل) قال رضي الله عنه وإذا قال كل مملوك لي حر عتق عليه مكاتبوه ومدبروه وأمهات أولاده وشقص عداكم

لان اللفظ عام فيهم فعتقوا كما لو عينهم وذكر ابن أبي موسى في الارشاذان الشقص لا يستحق الا ان ينوبه لانه لا يملكه كله والاول المذهب

(فصل) وإذا اعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم أو واحداً منهم غير معين فمات أحدهم أقرعنا بين الميت والاحياء فان وقعت على الميت حسبه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة ، وهذا قال الشافعي وقال مالك ان مات قبل موت سيده أقرعنا بين الحيين لانها جميع التركة ولهذا لا يعتق إلا ثلثها ولا يعتبر الميت لانه ليس بمحسوب من التركة ولانه لو اعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثها .

ولنا ان الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم كما لو مات بعد سيده ولان المقصود تكيل الاحكام وحصول ثواب العتق ويحصل هذا في الميت فوجب ان يدخل في القرعة كما لو مات بعد سيده فأما ان وقعت القرعة على الحي نظرنا في الحي فان كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحيين فيخرج ثلثها ممن وقعت عليه القرعة وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الامرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث لان الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينفع به فأشبهه الشارد والآبق وإنما يحسب عليه ما حصل في يده ولا يحسب الميت من التركة لانه ما وصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة وان كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة لانه وصل اليهم وجعلناه كالحي في تقويمه معهم والحكم باعتاقه ان وقعت عليه القرعة أو من الثلثين ان وقعت القرعة على غيره ونحسب قيمته أقل الامرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ونحو هذا قال الشافعي .

(فصل) وان دبر الثلاثة أو وصى بعقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين فأعتق من احدهما ثلثها ، لان الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق بخلاف التي قبها فان العتق حصل من حين الاعتاق وإنما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعقته من حين الاعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله وان مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لانه قد حصل لعتق من حين موت السيد .

﴿مسئلة﴾ (وان قال أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة فهو حر من حين اعتقه)

إذا قال أحد عبدي حر ولم ينو واحداً بعينه عتق أحدهم بالقرعة وليس للسيد التعيين ولا للوارث بعده، فان قال اردت هذا بعينه قبل منه وعتق لان ذلك انما يعرف من جهة وقال أبو حنيفة والشافعي للمعتق التعيين ويطلب بذلك فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول وإذا عتق بتعيينه فليس لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين العتق ابتداء فاذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ووجب ان يميز بالقرعة كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يفرجوا من الثلث وكما لو اعتق معيناً ثم نسيه والطلاق كمسئلتنا فان مات المعتق ولم يعين

(مسئلة) قال (ولو قال لهم في مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر ومات فكذلك)

أما إذا قال لهم كلكم حر فهي المسئلة التي تقدمت وشرحناها وأما إذا قال أحدكم حر فانه يقرع بينهم فيخرج احدثهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقيون وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن إذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولو كان المعتق حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التعيين وأعتق احدثهم بالقرعة وان قال أردت واحداً منهم بعينه قبل منه وتعينت الحرية فيه، وقال ابو حنيفة والشافعي له تعيين احدثهم فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول ويطالب المعتق بالتعيين فاذا عين احدثهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين العتق ابتداء فاذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق.

ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه والطلاق كمسئلتنا فأما ان مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لاندري أيهم أعتق، وقال ابو حنيفة لهم التعيين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق.

(فصل) ولو أعتق إحدى امائه ثم وطئ احداهن لم يتبين الرق فيها وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام على هذا الاصل ولان المعتقة واحدة فلم تتعين بالوطء كما لو أعتق واحدة ثم نسيها (فصل) وإذا أعتق واحداً بعينه ونسيه فقباس قول احمد أن يعتق احدثهم بالقرعة وهذا قول الليث، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب يعتقون كلهم

وقال مالك إن أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل

فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لاندري أيهم أعتق وقال ابو حنيفة لهم التعيين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق وقوله من حين اعتقه يريد ان العبد ان كان اكتسب مالا بعد العتق فهو له دون سيده لانا تبيننا أنه اكتسبه في حال الحرية

(فصل) ولو أعتق إحدى امائه غير معينه ثم وطئ احداهن لم يتعين الرق فيها وبه قال ابو حنيفة

وقال أصحاب الرأي إن قال الشهود نشهد أن فلاناً أعتق أحد عبده ولم يسم عتق ثلث كل واحد منهم وسمى في باقيه أو ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة ، وإن قالوا نشهد أن فلاناً أعتق بعض عبده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكر ما ذكره أصحاب الرأي في الشهادة

ولنا أن مستحق العتق غير مدين فأشبهه مالر أعتق جميعهم في مرض موته فإن أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق ذكرت أن المعتق غيره ففيه وجهان

(أحدهما) رد الأول إلى الرق ويعتق الذي عينه لأنه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع (والثاني) يمتقان معاً وهو قول الليث ومقتضى قول ابن حامد لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار ، ولأن قول المعتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقراراً عليه بجزية من ذكره وإقراراً على غيره فقبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فإذا قال أعتقت هذا عتق ورق الباقون وإن قال أعتقت هذا لأهل هذا اعتقاً جميعاً لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول فكذلك الحكم في إقرار الوارث

«مسئلة» قال (وإذا ملك نصف عبد فدبره أو أعتقه في مرض موته فعتق بموته وكان ثلث ماله بني بقيمة النصف الذي لشريكه أعطى وكان كله حراً في إحدى الروايتين والأخرى لا يعتق إلا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه)

وجملته أنه إذا ملك شقصاً من عبد فأعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم إلا قولاً شاذاً أو قول من يرى السعاية وذلك أنه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استقرت قيمته الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من أعتق في صحته شقصاً وهو معسر ، فأما إن كان ثلث ماله بني بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان

وقال الشافعي يتعين الرق فيها لأن الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام معه

«مسئلة» (وإن مات أحد العبدین أقرع بينه وبين الحي فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة)

وبهذا قال الشافعي وقال مالك إن مات قبل موت سيده فالحي جميع التركة ولا يعتق إلا ثلثه ولا يعتبر الميت لأنه ليس بمحسوب من التركة ولهذا لو أعتق الحي بعد موته لأعتقنا ثلثه

(أحداهما) يسري إلى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه لأن ثلث المثل للمعتق والمالك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والاعتاق وغيره فحري مجرى مال الصحيح فيسري عتقه كسراية عتق الصحيح المورس (والرواية الثانية) لا يعتق إلا حصته لأنه بموته يزول ملكه إلى ورثته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبهذا قال الأوزاعي لأن الميت لا يضار وقال القاضي ما عتقه في مرض موته سري وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر وقال الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لأن العتق في الحياة ينفذ في حال ملك العتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله وأما التدبير والوصية فانما يحصل العتق به في حال يزول ملك العتق وتصرفاته والله أعلم

(مسئلة) قال (وكذلك الحكم إذا دبر بعضه وهو مالك لملكه)

وجملته أنه إذا دبر بعض عبده وهو أن يقول إذا مات فنصف عبدي حر ثم مات فإن كان النصف المذبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر لأنه لو دبره كله لم يعتق منه إلا ثلثه فإذا لم يدبر إلا ثلثه كان أولى وإن كان العبد كله يخرج من الثلث في تكميل الحرية روايتان (أحداها) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء لأن أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالاعتاق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لأنه اعتاق لبعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته (والرواية الثانية) لا يكل العتق فيه لأنه لا يمنع جواز البيع فلا يسري كعتقه بالصفة

(فصل) فأما أن أعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه أن خرج من الثلث عتق جميعه وإلا عتق منه بقدر الثلث لأن الاعتاق في المرض كالأعتاق في الصحة إلا في اعتباره من الثلث وتصرف المريض في ثلثه في حق الأجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله كما لو أعتق شركا له في عبد وثلثه يحتمل جميعه وعنه لا يعتق منه إلا ما عتق

(فصل) وإذا دبر أحد الشريكين حصته صح ولم يلزمه في الحل لشريكه شيء وهذا قول

ولنا أن الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبين الحي كما لو مات بعد سيده ولأن المقصود من العتق تحصيل ثوابه وهو يحصل في حق الميت فيدخل في القرعة كالذي مات بعد سيده فعلى هذا أن خرجت القرعة على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق لأنه حين الاتلاف وإن وقعت على الحي نظرت في الميت فإن كان موته قبل موت سيده أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة لأنه لم يصل إلى الوارث فتكون التركة الحي وحده فيعتق ثلثه وتعتبر قيمته حين الاعتاق لأنه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الأمرين من حين الموت إلى حين قبض

الشافعي فإذا مات عتق الجزء الذي دبره إذا خرج من ثلث ماله وفي سرائره إلى نصيب الشريك ما ذكرنا في المسئلة وقبلها وقال مالك إذا دبر نصيبه تقاوماه فإن صار للمدبر صار مدبراً كله وإن صار للآخر صار رقيقاً كله

وقال الليث يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فإن لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فإذا أداها صار مدبراً كله ، وقال أبو يوسف ومحمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان أو معسراً ويصير المدبر له

وقال أبو حنيفة الشريك بالخيار إن شاء دبر وإن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن صاحبه إن كان موسراً . ولنا أنه تعليق للعتق على صفة فصيح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

(مسئلة) قال (ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستفرقهم بعناهم في دينه)

وجملته إن المريض إذا أعتق عبيده في المرض أو دبرهم أو وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستفرق التركة تبيناً بطلان عتقهم وبقاء رقبهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية ولهذا قال علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما تقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً أعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال أحمد أحسن بن أبي ليلى

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي . وقال قتادة وأبو حنيفة وإسحاق يسعى العبد في قيمته

ولنا أنه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالمطبة ، ولأنه يعتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فعلى هذا تبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره ، فإن قال الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق ففيه وجهان

الوارث لأن الزيادة تجددت على ملك الوارث فلم تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض فلم يحصل له فاشبه الشارد والابق وإنما يحسب عليه ما حصل في يديه ولا يحسب الميت من التركة لأنه وصل إليهم وجعلناه كالحق في تقويمه معه والحكم باعتاقه أن وقعت القرعة عليه أو من الثلثين إن وقعت القرعة على غيره وتحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه

(أحدهما) لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلا ولا يصح بزوال المانع بعده (والثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة نفذ العتق في الجميع . ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين . وقالوا ان أصل الوجهين اذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ فيه وجهان (فصل) فان أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان (أحدهما) تبطل القرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث (الثاني) يصح الاقراع لانه لا يمكن امضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدان اللذين بقيا إما من العبيد وإما من غيرهم ، ويجب رد نصف العبد الذي عتق فاذا كان الذي أعتق عبيدين أقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على أحدهما فكان بقدر سدس التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان أكثر عتق منه بقدر السدس وإن كان اقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس **مسئلة** قال (ولو أعتقهم وهم ثلاثة فأعتقنا منهم واحداً لمجزئ ثلثه عن أكثر منه ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم)

(فصل) فان دبر ثلاثة أعبد او وصى بعتقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه واقرع بين الحيين واعتق من أحدهما ثلثهما لان الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه ، وقبل تحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فان العتق حصل من حين الاعتاق وانما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتاق ويكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لان العتق حصل من حين موت السيد.

مسئلة (وإن أعتق عبداً او نسيه أخرج بالقرعة)

هذا قياس قول احمد وهو قول الليث ، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم ، وقال ابن وهب يمتقون كلامهم ، وقال مالك ان أعتق عبداً له ومات ولم يبين كانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وان كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى يكل وقال اصحاب الرأي ان قال الشهود نشهد ان فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكروا ما ذكره اصحاب الرأي في الشهادة

وجملته انه إذا اعتق ثلاثة في مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إلا لم يميز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثلهم تبيننا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته إن كان دبرهم لأن التدبير وتصرف المريض في ثلث ماله جائز نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله، وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً. فعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم، وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير إذن كان ذلك باطلاً، وإن كانوا قد تصرفوا فيهم تصرفهم حكم تصرف الأحرار فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر غايه واجب وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثهم لأنهما ثلث جميع المال فيقرع بين الاثنين اللذين أوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر إن كانا متساويين في القيمة، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أسباعهم، وكذا ظهر له مال عتق من العبدین اللذين رقا بقدر ثلثه

(فصل) وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه وجب على الوصي إعتاقه فإن أوصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه فإن امتنعوا أجبرهم السلطان فإن اصرروا على الامتناع اعتقه السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لأن هذا حق لله تعالى وللمبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالزكاة والديون فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون

ولنا أن مستحق العتق غير مدين فأشبهه مالو أعتق جميعهم -م في مرض موته

﴿مسألة﴾ (فإن علم بعد أن المعتق غيره عتق وعمل يبطل عتق الأول؟ على وجهين)

(أحدهما) يبطل ويرد إلى الرق ويعتق الذي عينه لانه تبين له المعتق فيعتق دون غيره كالوالم يقرع (والثاني) يمتنان معاً قاله الليث ومقتضى قول ابن حامد لأن الأول ثبت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار، ولأن قول المعتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقراره بحرية من ذكره وإقراره على غيره فقبل إقراره على نفسه دون غيره. أما إذا لم يقرع فانه يفيل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فاذا قال اعتقت هذا عتق ورق الباقيون، وإن قال أعتقت هذا لابل هذا عتقاً جميعاً لانه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول وكذلك الحكم في إقرار الوارث

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإن أعتق في مرض موته ولم يميز الورثة اعتبر من ثلثه)

إذا اعتق في مرض الموت الخوف اعتبر من الثلث إذا لم يميز الورثة وكذلك التدبير والوصية بالمعتق لانه تبرع بمال أشبه الهبة ولأن النبي ﷺ لم يميز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم وما زاد على الثلث إن أجازوه فإن ردوه بطل لأن الحق لهم فجاز بإجازتهم وبطل بردهم

من جملة تركته إن بقي عبده لأنه كسب عبده اتقن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث .
وقال القاضي هو للعبد لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه فكان له ككسب المكاتب . وقال بعض
أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية

ولنا أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بمتقه وكالمعتق عتقه بصفة . وفارق المكاتب
فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده . ويبطل ما ذكره بأم الولد فإن عتقها قد استقر سببه في
حياة سيدها وكسبها له . والموصى به لا نسلمه وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه
سبب الملك وإنما وقف على شرط هو انقبول إذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب وفي
الوصية بالعتق ما وجد السبب وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق فإذا وجد لم يجوز أن يثبت حكمه سابقاً
عليه ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه وههنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه . وإن مات العبد بعد تمام
موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه الورثة على قوائنا ولا أدل قول من خلفنا فيه

(فصل) فان علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه أعتق خروجه من ائث قاله
أبو بكر قل وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق . وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر أنه يعتق من
رأس المال وهو مذهب الشافعي لا ندلايتهم فيه فأشبه العتق في صحته

﴿ مسألة ﴾ (وان أعتق جزءاً من عبده أو دبره وهو ان يقول اذا مت فنصف عبدي حر ثم مات
فان كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يدبر)

لانه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه فاذا لم يدبر الا ثلثه كان اولى ، وان كان العبد كله يخرج
من الثلث ففي تكميل الحرية روايتان (إحداهما) تكميل وهو قول أكثر الفقهاء منهم أبو حنيفة
وأصحابه لأنهم يرون التدبير كالعتق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لانه اعتق البعض عبده
فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته

(وإثانية) لا يكمل العتق فيه لانه لا يمنع جواز البيع فلم يسر كتمليقه بالصفة في الحياة فلما ان
اعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من ائث عتق جميعه والا عتق منه بقدر
الثلث لان الاعتاق في المرض كالاغناق في الصحة الا في اعتباره من ائث ، وتصرف المريض في
ثلثه في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله وعنه لا يعتق منه الا ما أعتق كما لو أعتق شركاً
له في عبد وثالثه يحتل جميعه

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين نصيبه صح ولم يلزمه لشريكه في الحال شيء وهذا قول
الشافعي فاذا مات عتق الجزء المدبر اذا خرج من ثلثه وفي سراية الى نصيب الشريك ما ذكرنا في
المسئلة قبلها وقال مالك اذا دبر نصيبه تقاوماه فان صار للمدبر صار مدبراً كله وان صار للآخر صار

ولنا انه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمعجز . وقولهم لا يتهم فيه قلنا . وكذلك العتق المعجز لا يتهم فيه فان الانسان لا يتهم بمحاباة غيره الوارث وتقدمه على وارثه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهذا حاصل ههنا . ولو قل إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان متبراً من الثلث وجهاً واحداً

(فصل) وإذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده روي هذا عن ابن مسعود وابي ايوب وانس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم واثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبيهقي وداود بن أبي نند وحميد وقال الحسن وعطاء والشعبي والبخعي ومالك وأهل المدينة يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال «من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد» رواه الامام احمد باسناده وغيره . وروى حماد بن سلمة عن ايوب عن نافع عن ابن عمر انه كان إذا أعتق عبداً لم يعرض لماله

وانما ماروى الاثرم باسناده عن ابن مسعود انه قال لنالاه عمير ياعمير اني اريد ان أعتقك عتقاً هنيئاً فاخبرني بذلك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول «ايما رجل أعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده» ولان العبد وماله كانا جميعاً السيد فلزال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل على هذا حديث النبي ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا ان يشترطه

رفيقاً كله» وقال ابي ثوبان المدبر لشريك فدية نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فان لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فاذا أداها صار مدبراً كله ، وقال ابو يوسف ومحمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان او معسراً ويصير المدبر له ، وقال ابو حنيفة الشريك بالخيار إن شاء دبر وان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسراً ، ولنا انه تعليق للعتق على صفة فصيح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

﴿مسألة﴾ وان أعتق في مرضه شركاً له في عبد أو دبره وثلاثة يحمّل باقيه أعطي الشريك وكن جميعه حراً في إحدى الروايتين والأخرى لا يعتق إلا مملكاً منه

وجانته أنه اذا ملك شقصاً من عبد فاعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بغير خلاف لعلمه الا قولاً شاذاً أو قول من يرى السعاية وذلك لانه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص فبقي معسراً بمنزلة من أعتق في صحته شقصاً وهو معسر فان كان ثلث ماله بقي بقيمة حصة شريكه سرى الى نصيب الشريك في إحدى الروايتين فيعتق العبد كله ويعطى الشريك قيمة نصيبه من الثلث لان ملك العتق ثلث المال تام له انتصرف فيه بالتبرع وغيره فهو كمال الصحيح فأشبه عتق الصحيح الموسر وإثانية لا يعتق الا حصته لان ملكه يزول الى ورثته بموته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبه قال الاوزاعي

المبتاع» فاما حديث ابن عمر فقال احمد يرويه عبدالله بن ابي جعفر من اهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فاما في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال ابو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فانه تفضل منه على معتقه قيل للامام احمد كن هذا عندك على التفضل؟ فقال اي لعمرى على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد؟ فقال نعم للسيد مثل البيم سواء

(مسئلة) قال (واذا قال لعبده أنت حر في وقت سماه لم يعتق حتى ياتي ذلك الوقت)

وجلة ذلك أن السيد اذا علق عتق عبده أو امته على مجيء وقت مثل قوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى ياتي رأس الحول وله بيعه وهبته واجارته ووطء الامة، وبهذا قل الأوزاعي والشافعي وابن المنذر، قال أحمد إذا قال لغلामه أنت حر إلى ان يقدم فلان ومجيء فلان واحد وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر إنما يريد اذا جاء رأس السنة او جاء رأس الهلال منه وإذا قل أنت طالق اذا جاء الهلال إنما تغلق اذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك انه اذا قال لعبده أنت حر في رأس الحول عتق في الحال والذي حكاه ابن المنذر عنه انها اذا كانت جارية لم يطاها لانه لا يملكها مالا تاما ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد انه لا يطؤها لان ملكه غير تام عليها

وقل القاضي ما اعتقه في مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعته لم يسر فلرواية في سرية العتق في حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لان العتق في الحياة ينفذ في حال ملك المعتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في ماله كله وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به في حال زوال ملك المعتق وتصرفه.

(مسئلة) (وان اعتق في مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغفرهم بيعوا في دينه ويحتمل ان يعتق ثلثهم)

وجلة ذلك ان المريض إذا اعتق عبده في مرضه أو دبرهم أو وصى بعته وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين يستغفرهم تبييناً بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين يقدم على الوصية قل علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولان الدين يقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما يقدم على الميراث يجب ان يقدم على الوصية، وبهذا قل الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً اعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال احمد أحسن ابن أبي ليلى وذكر ابو الخطاب رواية أخرى في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي لأن تصرف المريض في ثلثه

والاول اصح لما روي عن ابي ذرانه قال لعبده انت عتيق الى رأس الحول فلو لا ان العتق يتعاق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته ولانه علق العتق بصفة فوجب ان يتعاق بها كما لو قال اذا ادبت الى الفأ فانت حر واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلاد ولا يلزم المسكوبة لانها اشترت نفسها من سيدها بموض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف فعلمه وان خرج عن ملكه ببيع او ميراث او هبة لم يعتق ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ونال النخعي وابن ابي ليلى اذا قال لعبده ان فعلت كذا فانت حر فباعه بيعا صحيحا ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع قال ابن ابي ليلى اذا حلف بالطلاق لا تكت فلانا ثم طلقها طلاقا بائنا ثم كلفه حنث وعامة اهل العلم على خلاف هذا القول ، لان النبي ﷺ قال «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولانه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم

(فصل) واذا قال لعبده ان لم اضربك عشرة اسواط فانت حر ولم ينو وقتا بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم ينفسخ في قول اكثر اهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فان باعه فسخ البيع ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم ينفسخ كما لو قل ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها

كتصرف الصحيح في جميع ماله وكما لو لم يكن عليه دين ، وقال قتادة وأبو حنيفة واسحاق بسعي العبد في قيمته .

ولنا انه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من اثلث فقدم عليه الدين كالهبة ولانه معتبر من اثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه فيتمين انه اعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره فان قال الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق لم ينفذ في أحد الوجهين حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعا منه فيكون باطلا ولا يصح بوال المانع بعده (واثنائي) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة بعد العتق في الجميع ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين وقيل ان أصل الوجهين اذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ فيه وجهان :

(فصل) فان أعتق المريض ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم ففرع الورثة فاعتقوا واحداً وارقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان : (أحدهما) تبطل اقرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة

(فصل) واذا قال لعبدته ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان
(احدهما) لا يعتق لان ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب ان يحنث كما لو لم يزل ملكه عنه وفارق ما اذا علقها في حال زوال ملكه وتحقق الشرط في ملكه لانه لو نجز العتق لم يقع فاذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا فاما ان دخل الدار بعبد يبعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن احمد انه لا يعتق

وذكر عنه رواية أخرى انه يعتق وروي عنه في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجدا في ملكه فاشبه مالو لم يتخللها دخول. ووجه الاول ان العتق معلق على شرط لا يقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول في ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح اثنائي ينبنى على النكاح الاول بدليل ان طلاقه في النكاح الاول بحسب عليه في انكاح اثنائي وينتص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

(فصل) واذا قال لعبد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قال هو حر ان لم يكن في قيده عشرة ابطال

كما لو قسم شريكان دون شريكهما اثنائي (واثنائي) يصح الاقراع لانه لا يمكن امضاء القسمة واكثر احد حصه الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا اما من العبيد واما من غيرهم ويجب رد نصف العبد الذي عتق فان كان الذي اعتق عبدين اقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على احدهما وكان بقدر السدس من التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان اكثر منه عتق منه بقدر السدس وان كان اقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

﴿مسئلة﴾ (وان اعتقهم فاعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من ارق منهم)
وجعلته انه اذا اعتق عبده في مرضه او دبرهم او وصى بعتقهم لم يعتق منهم الا ثلث ويروى اثنان
اذا لم يجز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثهم تبيننا انهم قد عتقوا من حين اعتقهم او من حين موته ان كان دبرهم او وصى بعتقهم لان تصرف المريض في ثلث ماله نافذ وقد بان انهم ثلث ماله وخفا ذلك عابنا لا يمنع كونه موجودا فلا يمنع كون العتق واقعا فعلى هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين اعتقهم فيكون كسبهم لهم وان كانوا قد تصرف فيهم ببيع او هبة او رهن او تزويج بغير اذن كان باطلا وان كانوا قد تصرفوا فيهم تصرفهم حكم تصرف الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحا ووجب عليه المهر وان ظهر له مال

فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة أرطال لحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه
عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبيننا أنه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم
الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) انه يلزمهما ضمانها لان شهادتهما الكاذبة سبب عتقه
واتلافه فضمنناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولان عتقه حصل بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فأشبهه
الحكم بالشهادة التي يرجعان عنها وهذا قول أبي حنيفة

(والثاني) لا ضمان عليهما وهو قول أبي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما
وانما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمننا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وإن قل لعبدك أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فتى شاء عتق سواء كان
على الفور او التراخي ، وإن قل أنت حر ان شئت فكذلك ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس لان
ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار الا على الفور فإن تراخي ذلك
بطل خيارها كذا تعلية ، بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمان يدل على التراخي ، وإن قل أنت حر كيف
شئت احتمل أن يعتق في الحال وهو قول أبي حنيفة لان كيف لا تقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا
فلا تقتضي توقيف العتق وانما هي صفة للحال تقتضي وقوع الحرية على أي حل شاء ويحتمل

بقدر قيمتهم عتق ثلثهم لانه ثلث جميع المال فيقرع بين الذين وقفوا فيعتق من تقع له اقرعة ان وفي
اثنان بقيته وقيمة الاول والا عتق منه تمام اثنان وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وان
كان بقدر ثلثهم عتق أربعة اضعافهم وعلى هذا الحساب

(فصل) وإن وصى بعتق عبد له يخرج من اثلث وجب على الوصي اعتاقه فان وصى بذلك
ورثته لم يملك اعتاقه فان امتنعوا أجبرهم السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لان هذا حق لله تعالى
والعبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالكافة والديون فاذا اعتقه الوارث أو السلطان
عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون من تركته ان بقي بعده لانه كسب عبده اتقن
وما كسبه بعد موته وقبل اعتاقه فهو للوارث وقال القاضي هو للعبد لانه كسبه بعد استقرار سبب
العتق فكان له كسب المكاتب وقال بعض أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القولين في كسب
العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا انه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة وفارق المكاتب
فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك عبده ويبطل ما ذكره بام الولد فان عتقها قد استقر سببه في حياة
سيدها وكسبها له والموصى به ممنوع وان سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب
الملك وانما وقف على شرط هو القبول فاذا وجد الشرط استند الحكم الى ابتداء السبب وفي الوصية

أن لا يعتق حتى يشاء وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن لا يعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لأن كيف تعطي ما تعطي متى وأي فحكمها حكمهما وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق أنه إذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجبي ههنا مثله

(فصل) وتعلق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام

(أحدها) تعليقه على صفة محضة كتموله أن أدت إلى الفاقنت حر فهذه صفة لازمة لا سبيل إلى إبطالها لأنه ألزمها نفسه طوعاً فلم يملك إبطالها كالألف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط لأنه لا حق له في ذمته يبرئه منه وإنما هو تعليق على شرط محض وإن مات السيد انفسخت للصفة لأن ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه في ملك غيره وإن زال ملكه ببيع أو هبة زالت الصفة فإن عاد إلى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتج إلى تجديد اعتاق من جهة السيد لأنه إزالة ملك معاق على صفة وهو قابل للتعلق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيدته لأنه لم يوجد عقد يمنع كسبه لسيدته إلا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التي أداها فإذا كل أداؤها عتق وما فضل في يده لسيدته وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولده في أحد الوجهين

بالعتق ما وجد السبب وإنما أوصى بالبحاده وهو الدتق فإذا وجد لم يجوز أن يثبت حكمه سابقاً عليه ولهذا يملك الموصي له القبول بنفسه والعبد ههنا لا يملك أن يعتق نفسه فإن مات العبد قبل موت سيده وقبل اعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا نعلم قول مخالفين فيه

(فصل) قال علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه اعتبر خروجه من الثلث قاله أبو بكر وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر أنه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعي لأنه يهتم فيه أشبه العتق في صحته

ولنا أنه عتق في حال تعاقد حق الورثة بثلاثي ماله فاعتبر من اثلاث كالمعجز وقولهم لا يهتم فيه قلنا وكذلك العتق بالمعجز لا يهتم فيه فإن الإنسان لا يهتم بمحابة غير الوارث وتقديمه على وازنه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهو حاصل ههنا ولو قال إذا قدم زيد وأنا مريض فانت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من اثلاث وجهاً واحداً

﴿مسألة﴾ وإن لم يظهر له مال جزأنا لهم ثلاثة أجزاء كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الباقيون وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعي

لأنها أمة قن فأشبهه ملو قل ان دخلت اذ ارقانت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه يتق من السيد بصفة فاشبهه مالو باشر عتقها ولا يعتق حتى يؤدي الالف بكاملها وذكر القاضي ان من أصلنا ان العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال انت حر ان أكت رغبة فأكل بعضه وهذا يصح لوجوه احدها ان اداء الالف شرط العتق وشروط الاحكام يعتبر وجودها بكاملها لثبوت الاحكام وتنتفي بانتفائها بدليل سائر شروط الاحكام

(الثاني) انه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومتى علق الحكم على شرط يوصف لا يثبت ما لم توجد الصفة كما لو قال لعبده ان خرجت عاريا فانت حر فخرج لا يسا لا يعتق فكذلك العدد

(الثالث) انه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يبحث بفعل البعض وكذلك لو حلف لا صليت صلاة لم يبحث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ولو حلف لا صمت صياماً لم يبحث حتى يصوم يوماً ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق لم تغلق حتى تظهر من الحيضة ، وقد ذكر القاضي هذه المسائل ونظائرها، وبذكر الالف هنا يدل على ارادته اداء الالف كاملة

(الرابع) اننا لانسلم هذا الاصل الذي ادعاه وانه اذا قال له انت حر ان أكت رغبة لم يعتق بأكل بعضه وانما اذا حلف لا يفعل شيئاً فنعمل بعضه حنث في رواية في موضع يحتمل ارادة البعض ويتناول اللفظ كن حلف لا يصلي فنسرع في الصلاة او لا يصوم فنسرع في الصوم

واسحاق وداود وابن جرير وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في باقيه وروي نحوه هذا عن سعيد بن المسيب وشرج الشعبي والنخعي وقادة وحماد لانهم تساوا في سبب الاستحقاق في تساوون في الاستحقاق كما لو كان لا يملك الا ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من التمار وحكم الجاهلية ولعلمهم يردون الخبر الوارد في هذه المسئلة لخالفته قياس الأصول وذكر الحديث لحما فقال هذا قول الشيخ - يعني ابليس - قل له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة (أحدهم) المجنون حتى يفيق يعني - أنك مجنون - فقال له حماد مادعك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت مادعك إلى هذا وهذا قليل في جواب حماد وكان حرياً أن يستتاب عن هذا ، فإن تاب وإلا ضربت عنقه .

ولنا ما روى عمر ان بن حصين ان رجلاً من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لاملال لغيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وارق أربعة وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الامر من التختاف فيها وهما جمع الحرية واستعمال القرعة ، وهو حديث صحيح رواه مسلم وابوداود وسائر أصحاب السنن ، ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وابو الهيثم ثلاثة أئمة ورواه الامام أحمد عن اسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الانصاري

اولا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الجملة والقيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذي شمر فيه والتدر الذي شر به من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحلت لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبرأ الا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على اداء الالف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون ادائها كمن حلف ليؤدين ألفاً لم يبرأ حتى يؤديها (الخامس) أن موضوع الشرط في الكتاب والسنة واحكام الشريعة على انه لا يثبت الشرط بدون شرطه فان النبي ﷺ قال « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها مقتصرأ عليه لم يستحق الا العتوبة وقال « من احيا ارضاً ميتة فهي له » فلو شرع في الاحياء لم تكن له ولو قال في المسابقة من سبق الى خمس اصابات فهو سابق فسبق الى اربع لم يكن سابقاً ولو قال من رد ضالتي فله دينار فشرع في ردها لم يستحق شيئاً فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل وانما الذي جاء عن أحمد في الايمان فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث لان المين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق الشروط على الشرط والله أعلم

(القسم الثاني) صفة جمعت معاوضة وصفة والغلب فيها حكم المعاوضة وهي الكتابة الصحيحة

رجل من اصحاب النبي ﷺ وروي نحوه عن ابي هريرة عن النبي ﷺ ولانه حق في تفرقة ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الاجبار اذا طلبها أحد الشركاء ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فانه يجعل كل بيت سهما ويقرع بينهم بثلاثة اسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان وقولهم ان الخبر يخالف قياس الأصول يمنع ذلك بل هو موافق لما ذكرناه وقياسهم فاسد لانه اذا كان ملكهم ثلثهم وحده لم يكن جميع نصيبه والوصية لاضرر في تفرقتها بخلاف مسئلتنا وان سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه لانه قول المعصوم الذي جعل الله عز وجل قوله حجة على الخلق أجمعين وأمر باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته وتطرق الخطأ إلى القائل في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى اصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول باحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنيبذ في السفر دون الحضرو وتقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم وذلك لان الاجماع منعقد على ان صاحب ائمة في الوعية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى

فهي مساوية للصفة المحضة في العتق بوجودها وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه وأن الولاء لسيدته وتخالفها في أنه لو أبرأه السيد من المال برىء منه وعتق لأن ذمته مشغولة به فبرىء منه بإبرائه كشأن المبيع ولا ينفسخ بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته لأنه عقد معاوضة لازم أشبه البيع وما كسبه قبل الأداء فهو له وما فضل في يده بعد الأداء فهو له وولد المكاتبه الذين ولدتهم في الكتابة يعتقدون بعقوبتها (القديم اثالث) صفة فيها معاوضة والمغلب فيها حكم الصفة وهي الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول أو نجم واحد أو مع إخلال شرط من شروط الكتابة فتساوى الصفة المحضة والكتابة في أنه لا يعتق بالأداء لأنه عتق معلق على شرط ولا تلزمه قيمة نفسه ولا يبطل بمجنون المكاتب ولا الحجر عليه لأن الحجر للرق لا يمنع صحة كتابته فلا يقتضي حدوته إبطالها وإن أدى حال جنونه عتق لأن الصفة وجدت

وقال أبو بكر لا يمتق بذلك ويفارقهما في أن السيد فسخها ورفعها لأنها فاسدة والفاقد يشرع رفعه وإزالته ويفارق الكتابة الصحيحة في أنها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه لأنه عقد جائز من جهته فيبطل بهذه الأمور كالوكالة والمضاربة وقد قال أحمد إذا وسوس فهو بمنزلة الموت وهذا قول القاضي وقال أبو بكر لا تبطل بشيء من ذلك لأنه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة وتنفارق الصفة المحضة في أن كسب العبد قبل الأداء له وما فضل في يده بعد الأداء فهو له دون سيده

يحصل للورثة مثله وفي مسألتنا يعتقدون اثالث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال ويحبسونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شيء أصلاً وربما لا يحصل منها في الشهر إلا اليسير كالدرهم والدرهمين فيكون هذا كمن لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم ينجرونهم على الكسب والسعاية من غير اختيارهم وربما كان المجبر جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبداً فيسرق أو يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفوضوا بوصيته إلى الظالم والأضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قل «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضرر من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ما ذكرناه

وأما إنكارهم القرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال سبحانه (فسامهم فكان من المدحضين) وأما السنة فقال أحمد في القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين «استهما» وقال «مثل القائم بمحدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة» وقال «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لاستهموا عليه» وفي حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة فوجدنا إلى جنبه فتبلا فتبنا لحمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا أحد اثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم

ويتبع المكاتب ولدها حملها على الكتابة الصحيحة في أحد الوجهين فيها وفي الآخر لا يستحق كسبه ولا يتبع المكاتب ولدها لان العتق حصل بالصفة لا بالكتابة واما الكتابة بمحرم كالخمر والخنزير فقال القاضي هي كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيها بالاداء وقال أبو بكر لا يعتق فيها بالاداء وهو ظاهر كلام احمد في رواية الميموني إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة وينبغي ان يقال ان علق العتق على أداء المحرم عتق به كما لو علق العتق على السرقة وشرب الخمر وان قال كتبك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبي بكر والله أعلم

(فصل) واذا قال لعبدك أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه لانه اعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الألف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت أبا عبد الله قيل له إذا قال أنت حر وعليك ألف درهم قل جيد قيل له فإن لم يرض العبد قال لا يعتق انما قاله اه على ان يؤدي اليه ألف درهم فإن لم يؤدي فلا شيء وان قال أنت حر على ألف فكذلك في احدي الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبهه قوله وعليك ألف (واثنائية) ان قبل العبد عتق ولزمته الألف وان لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة لانه اعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قل أنت حر بألف وهذه الرواية أصح لان على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى (قال له موسى هل اتيتك على أن تمنن بما علمت رشداً)

كفنا كل واحد في اثوب الذي طار له وتشاح الناس يوم القادسية في الاذان فاقرع بينهم سعد واجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا نلم بينهم خلافا في ان الرجل يقرع بين نسائه اذا اراد السفر باحدهن واذا اراد البداية في القسمة بينهم وبين الاولياء اذا تشاوا فيمن يتولى التزويج او من يتولى استيفاء القصاص واشباه هذا .

(فصل) في كيفية القرعة قال احمد قل سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم اقرع بين اثنين في ثوب فاخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قل يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال احمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعا او خواتيم، وقال اصحابنا المتأخرون الاولى ان يقطع رقاعا صغاراً مستوية ثم تجعل في بنادق شمع او غيره متساوية القدر والوزن ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر ويغطى عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فاخرج بندقه فنفضها ونعلم ما فيها ، وهذا قول الشافعي وفي كيفية القرعة والعتق ست مسائل .

(احدها) ان يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلثة او تسعة او ستة (او قيمتهم متساوية) ولا مال له غيرهم فيجزءون ثلاثة اجزاء جزءاً للحرية وجزأين للرق ويكتب ثلاث رقاع في واحد حرية وفي اثنين رق وتترك في ثلاث بنادق وتغطى بثوب ويقال لرجل لم يحضر اخرج على اسم هذا الجزء فان خرجت قرعة الحرية عتق وركي الجزآن الآخران وان خرجت رقي رقي وأخرجت

وقال تعالى (فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل لنا وبينهم سداً) ولو قل في النكاح زوجتك ابنتي فلا تة على صداق خمسمائة درهم فقال الآخر قبلت صح النكاح وثبت الصداق وقال الفقهاء إذا تزوجها على ألف لها وألف لابیها كان ذلك جائزاً فأما إذا قال اعتقتك على أن تخدمني سنة فقبل ففيها روايتان كلتي قبلها وقيل إن لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة فعلى هذا إذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة فان مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة بهذا وقال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته

ولنا إن العتق عقد لا يلحقه الفسخ فإذا تعدر فيه استيفاء العوض رجع إلى قيمته كالخام في النكاح والصالح في دم العمد وإن قال أنت حر على أن تعطيني ألفاً فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل فإذا قبل عتق ولزمه الألف وإن قال أنت حراً ألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه ألف

(فصل) وإذا علق عتق أمته بصفة وهي حامل تتبعها ولدها في ذلك لأنه كعضو من أعضائها فان وضعت قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لأنه تابع في الصفة فأشبهه مالو كان في البطن وإن كانت حائلاً حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لأن العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها ولدها كالمجنز وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة

أخرى على جزء آخر فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وإن خرجت رقعة الرق ورق وعتق الجزء الثالث لأن الحرية تعينت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية فإذا أخرجت رقعة عتق المسمون فيها ويرق الباقي وإن أخرجت رقعة على الرق ورق المسمون فيها ثم أخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث

(المسئلة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كسنة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف فتجعل الاثنين الأوسطين جزءاً وتجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً والآخرين جزءاً فتكون ثلاثة أجزاء متساوية في العدد والقيمة على ما قدمناه في المسئلة الأولى قيل لا حدم يستووا في القيمة ؟ قال يقومون بالثمن .

(المسئلة الثالثة) أن يتساوا في العدد ويختلفوا في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كسنة أعبد قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة آلاف فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحمد فقال إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لأنه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمته بالعدد تكرار القرعة وتبعض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى بيان ذلك أنا لو جعلنا مع الذي قيمته

ثم وجدت بمد ذلك لم يعتق الولدان الصفة لم تتماق به لافي حال التعليق ولا في حال العتق وفيه وجه آخر أنه ينبغيها في العتق قياساً على ولد المدبرة وان بطلت الصفة يبيع أو موت لم يعتق الولد لانه انما يبيعها في العتق لافي الصفة فاذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه تبعها في التدبير فاذا بطل فيها بقي فيه

(مسئلة) قال (واذا أسلمت ام ولد النصراني منع من غشيانها والتلذذ بها واجبر على

نفقتها فان اسلم حات له واذا مات عتقت)

هذه المسئلة يؤخر شرحها الى باب عتق امهات الاولاد فانه البق بها

(مسئلة) قال (واذا قال لامته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين أقرع بينهما فن

أصابته القرعة فهو حر اذا اشكل أولهما خروجا)

انما كان كذلك لان احدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه فوجب اخراجه بالقرعة كما لو قال لعبيده أحدكم حر وقد سبق القول في هذه المسئلة فأما ان علم اولها خروجا فهو الحر وحده وهذا قول مالك والثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن ، الشعبي وقتادة : إذا ولدت ولدان في بطن فها حران

ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما فاذا خرجت على النليل القيمة عتق وعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكميل الثلث فاذا وقعت على واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعض والتكرار ، ولأن قسمتهم بين الشركين فيهم انما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء فلي هذا تجعل الذي قيمته ألف جزءاً والاثنين اللذين قيمتهما ألف جزءاً والثلاثة الباقيين جزءاً ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا .

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دين القيمة كسنة أعبد قيمة اثنين ألف وقيمة اثنين سبعة مائة وقيمة اثنين خمسمائة فهنا تجزئهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فتجعل كل اثنين جزءاً وتضم كل واحد من قيمتهما قليلة إلى واحد من قيمتهما كثيرة وتجعل المتوسطين جزءاً وتقرع بينهم فان وقعت قرعة الحرية على حر قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تنمة الثلث ويرق باقيه والباقيون وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقيين بالقرعة

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف واثنان

ولنا انه انما اعتق الاول والذي خرج اولاهو أول المولودين فاختص العتق به كالأول ولذا تها في بطنيين (فصل) فان ولدت الاول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف انه يعتق الحي منهما وبه قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي : لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان شرط العتق انما وجد في الميت وليس بمحل للعتق فأنحلت الميتين به وانما قلنا ان شرط العتق انما وجد فيه لانه اول ولد بدليل انه لو قال لامته اذا ولدت ولداً فانت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت ، ووجه الاول ان العتق يستحيل في الميت فتعلقت الميتين بالحي كما لو قال ان ضربت فلاناً فعبيدي حر فضر به حياً عتق وان ضربه ميتاً لم يعتق ولانه معلوم من طريق العادة انه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو ان يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال اول ولد تلدينه حياً فهو حر (فصل) وان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك والشافعي والاوزاعي والليث والثوري قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

(فصل) فان قال اول غلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان فان قلنا يصح عتق اول من يملكه فان ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قل في رواية منها اذا قال اول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنان أو جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل

الف واثنان ثلاثة آلاف فيحتمل ان تجزئهم ثلاثة اجزاء فتجعل اكثرهم قيمة جزءا وتضم الى الثاني أقل الباقيين قيمة وتجعلها جزءاً والباقيين جزءاً وتقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب الى ما فعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم ويحتمل ان لا تجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفي الثلث فيكتب خمس رقاع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث

﴿مسئلة﴾ (وان كانوا ثمانية فان شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم ان ثلثاه حر وان شاء جزأهم أربعة اجزاء فاقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم اعاد القرعة لآخر اجزاء من ثلثاه حر وان فعل غير ذلك جاز بان يجعل ثلاثة أجزاء وثلاثة أجزاء واثنين جزءا فان خرجت على الاثنين عتقا وكل الثلث بالقرعة من الباقيين وان خرجت الثلاثة اقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق فان كان جميع ماله عبيدين اقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق على كل حال

(فصل) قد ذكرنا أنه اذا كان للمعتق مال غير العبيد مثلاً قيمة العبيد عتقوا جميعهم لخروجهم من الثلث وان كان أقل من مثليهم عتق من العبيد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبيد نصف المال عتق ثلثهم وان كانوا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة ألساعهم وطريقه ان تضرب

ان يعتقا جميعاً لان الاولوية وجدت فيها جميعاً فثبت الحرية فيها كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا في العشرة وقال النخعي يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا اول فيهما لان كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الاولوية سبق الاول ولنا ان هذين لم يسبقهما غيرها فكانا اول كالأول واحد وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً وإذا كانت الصفة موجودة فيهما فاما ان يعتقا جميعاً أو يعتق أحدهما وتعين القرعة على ما ذكرنا من قبل وكذلك الحكم فيما إذا قل أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين وخرجا جميعاً معاً فالحكم فيهما كذلك

(فصل) وان قال آخر عبد أملكه فهو حر فملك عبيداً لم يحكم يعتق واحد منهم حتى يموت لانه ما دام حياً فهو محتمل ان يملك عبداً يكون هو الآخر فإذا مات عتق آخرهم وتبيننا أنه كان حراً حين ملكه فيكون اكسابه له وان كانت أمة كان اولادها احرارا من حين ولدتهم لانهم اولاد حرة وان كان وطئها فعليه مهرها لانه وطئ حرة أجنبية ولا يحل له ان يطأها حين ملكها حتى يملك بعدها غيرها لانه ما لم يملك بعدها غيرها فهي آخر في الحال وانما يزول ذلك بملك غيرها فوجب ان يحرم الوطء وان ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما اذا ملك اثنين في المسئلة التي قبلها

قيمة العبيد في ثلاثة ثم تنسب اليه ببلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فإذا كانت قيمة العبيد ألفاً وباقي التركة الفين ضربت قيمة العبيد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم وان كانت قيمة العبيد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربنا قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعة اتساعها وان كانت قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر وتنسب اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق ربعهم وسدسهم (فصل) فان كان على الميت دين يحيط ببعض التركة قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين فان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتب رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة ويخرج واحد منهما على أحد الجزأين فن خرجت عليه رقعة الدين يبيع فيه وكان الباقي جميع التركة يبتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتب ثلاث رقاع رقعة للدين واثنان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب أربع رقاع رقعة للدين وثلاث للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للتركة ورقعتين للتركة جاز وقيل لا يجوز للتركة رقعة للتركة قبل قضاء الدين والاول أصح لانه إما انما يمنع من قبل قضاء الدين اذا لم يكن له وفاء فاما ان كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ما لو قال العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فإنه لا يمنع من العتق قبل وفاء

(مسئلة) قال (واذا قل العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال فاعتني ففعل فقد صار حراً وعلى المشتري ان يؤدي الى البائع مثل الذي اشتراه به وولاؤه للذي اشتراه الا ان يكون قال له بعني بهذا المال فيكون الشراء والعرق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله)

وجله ان العبد اذا دفع الى اجنبي مالا وقل اشترني من سيدي بهذا المال فاعتني ففعل لم يخل من ان يشتره بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فان اشتراه في ذمته فأعتقه فالشراء صحيح والعرق جائز لانه ملكه بالشراء فنقد عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لانه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان ملكا له لا يمتسب له به من الثمن فيبقى الثمن واجبا عليه يلزمه اداؤه وكان العرق من ماله والولاء له وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل

(مسئلة) وان اعتق عبيدين قيمة أحدهما مائتان والاخر ثمانمائة فاجاز الورثة عتقهما اعتقا وان لم يجز الورثة عتق ثلثهما وكل الثلث في أحدهما فتجمع قيمتهما فتكون خمسمائة ثم يقرع بينهما فمن خرج له سهم الحرية ضربنا قيمته في ثلاثة ونسبنا قيمتها الى المرتفع بالضرب فما خرج من النسبة عتق من العبد بقدره فان وقعت على الذي قيمته مائتان ضربنا في ثلاثة صار ستمائة ونسبنا قيمتهما الى ذلك تكن خمسة اسداسه فيعتق منه كذلك وان وقعت على الآخر ضربنا قيمته في ثلاثة تكن تسعمائة ونسبنا قيمتهما وهي خمسمائة الى ذلك نجدها خمسة اتساعه فيعتق منه ذلك وهو ثلث الجميع)

لأننا إذا ضربنا قيمة العبدین وهي خمسمائة في ثلاثة كانت المائتين وخمسمائة وهي جميع المال فالخمسائة بالنسبة اليها ثلث وبالنسبة الى الذي قيمته مائتان خمسة اسداسه بعد الضرب والى الآخر خمسة اتساعه وكل شيء أنى من هذا فسيب له ان يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر وهذا قول من يرى جميع العتق في بعض العبيد بالقرعة وعند أبي حنيفة ومن وافقه يعتقان فيه تسعين في باقي قيمتهما وقد مضى الكلام معهم والله أعلم

(مسئلة) وان اعتق واحدا من ثلاثة عبيد غير معين فمات أحدهم في حياة السيد أقرع بينه وبين الحيين فان وقعت رقعة العتق على الميت رق الاخران)

لان القرعة بين بها من وقع عليه العتق فوجب ان يقرع بينهم كالموت كانوا احياء فاذا وقعت القرعة على الميت تبين رق الآخرين لان الحرية إنما تقع على العتق وهذان لم يعتق واحد منهما وان وقعت على أحد الحيين عتق ان خرج من الثلث وقد سبق شرح هذا فيما اذا قال أحد عبيدي حر وذكرنا الخلاف فيه وان اعتق الثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد فكذلك في قول أبي بكر لان الحرية إنما تنفذ في الثلث فأبى ماله واعتق واحدا منهم قال شيخنا والاولى ان يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت لانه اعتق الثلاثة والاعتبار في خروجه من الثلث بحالة الموت وحالة الموت إنما كان له

(المغني والشرح الكبير) حكم المالك بن عبد بن شريكين فأعطى أحدهما خمسين ديناراً أو يعتق نصيبه ٢٠٥

والعتق غير واقع لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه فلم يصح الشراء ولم يقع العتق لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لأن مافي يد العبد محكوم به لسيد

وعلى الرواية التي تقول ان النقود لا تتمين بالتعيين في العقود يصح البيع والعتق ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قال النخعي وإسحاق فنهما قالا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق

وقال الحسن البيع والعتق باعلان ، وقال الشعبي لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا مائة تبضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لأن مافي يد العبد يكون بين سيده لا ينفرد به أحدهما الا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن

العبد ان الحيان وهما كل ماله فيقرع بينهما فن وقت عليه اقرعة عتق ان خرج من الثلث والاعتق منه بقدر الثلث وان بقي من الثلث شيء بعد عتقه عتق من الآخر بقدر ما بقي من الثلث وصار بمنزلة ما لو اعتق العبد في مرضه ولم يكن له مال غيرهم

(فصل) إذا دفع العبد الى رجل مالا فقال اشتريني من سيدي بهذا المال فاعتقني ففعل لم يخل من ان يشتريه بين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فان اشتراه في ذمته ثم اعتقه صح الشراء ونفذ العتق لأنه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لأنه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان مأكلاً له لا يحسب له به من الثمن فبقي الثمن واجبا عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبه قل الشافعي وابن المنذر فاما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل ولا يصح العتق لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه فلم يصح الشراء ولم ينفذ العتق لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لأن مافي يد العبد محكوم به لسيد فاما على الرواية التي تقول ان النقود لا تتمين بالتعيين فإنه يكون الحكم فيه كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قول النخعي وإسحاق فانها قالا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق وقال الحسن البيع والعتق باطلاق وقول الشعبي لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى او شاء الله تعالى

(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد لأحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لأن مافي يد العبد يكون بين سيده لا ينفرد به أحدهما عن الآخر الا ان نصيب المعتق ينفذ فيه

(الجزء الثاني عشر)

(المغني والشرح الكبير)

كان العوض مستحقاً اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمي خمسين ثم دفعها اليه وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق إلى نصيب شريكه فيرجع بقيمة ويكون الولاء للمعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبي حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه ويكون الولاء له ، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه والولاء للموكل وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف إلى نصيبه لأنه لا يحتاج إلى نية ونصيب شريكه يقتدر إلى النية ولم ينو ذلك واحتمل أن ينصرف إلى نصيب شريكه لأنه أمره بالاعتاق فنصرف إلى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف إليهما لأنهما تساويا فانصرف إليهما وأيهما حكماً بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ويحتمل أن لا يضمن لأن الوكيل ان أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه لم يضمنه لأنه مأذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فإنه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية وإذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لأنه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال لا أجني عتق عبدك فأعتقه والله أعلم

العتق وإن كان العوض مستحقاً اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمي خمسين ثم دفعها اليه وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق إلى نصيب شريكه ويكون ولاؤه للمعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبي حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه والولاء له وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه إن كان موسراً والولاء للموكل فإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف إلى نصيبه لأنه لا يحتاج إلى نية ونصيب شريكه يقتدر إلى النية ولم ينو ويحتمل أن ينصرف إلى نصيب شريكه لأنه أمره بالاعتاق فانصرف إلى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف إليهما لأنهما تساويا وأيهما حكماً بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحتمل أن لا يضمن لأن الوكيل إذا أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه لم يضمنه لأنه مأذون له في العتق ، وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فإنه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية ، وإذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لأنه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال لا أجني عتق عبدك فأعتقه



كتاب التدمير

ومعنى التدمير تعليق عتق عبده بموته والوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدايرة اذامات فسمي العتق بعد الموت تدييراً لانه اعتاق في دبر الحياة والاصل فيه السنة والاجماع أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكه عن دبر منه فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بنماثة درهم فدفعها اليه وقال «أنت أحوج منه» متفق عليه وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدير يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه وانفاذ وصايا إن كان وصى وكان السيد بالغا جائز الأمر أن الحرية تجب له أولها

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قل لعبده أو أمته أنت مدبر أو قد دبرتك أو أنت حر بعد موتي فقد صار مدبراً)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت فقال أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتي صار مدبراً بلا خلاف فعليه ، وأما إن قل أنت مدبر أو قد دبرتك فإنه يصير مدبراً بنفس اللفظ من غير افتقار إلى نية وهذا منصوص الشافعي

(باب التدمير)

وهو تعليق العتق بالموت وسمي تدييراً لأن الوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدايرة اذا مات فسمي العتق بعد الموت تدبيراً والاصل فيه السنة والاجماع أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بنماثة درهم فدفعها اليه ، وقال «أنت أحوج منه» متفق عليه وقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدير يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه وانفاذ وصاياه إن كان وصى وكان السيد بالغا جائز الأمر أنه تجب له الحرية أولها

﴿مسئلة﴾ (ويعتبر من الثلث)

أما يعتق المدبر اذا خرج من الثلث في قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قول شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحامد ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وقال بعض أصحابه فيه قول آخر أنه ليس بصريح في التدبير ويعتق إلى النية لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما ففقدوا إلى النية كالكنائيات

ولنا إنهما لفظان وضعا لهذا العمد فلم يثبت في النية كالبيع ويفارق الكنائيات فإنها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت إلى النية للتمييز ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع

(فصل) ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال في قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحامد ومالك وأهل المدينة وأشوري وأهل العراق والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروى عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال لأنه عتق فينفذ من رأس المال كالمعتق في الصحة وعتق أم الولد

ولنا أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ في الجميع كالهبة المنجزة

وقد نقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال وليس عليها عمل قال أبو بكر هذا قول قدم رجوع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة

وروى ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال قياساً على أم الولد وكما لو أعتق في الصحة

ولنا أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ في الجميع كالهبة المنجزة والاستيلاء أقوى من التدبير لأنه ينفذ من المجنون بخلاف التدبير، ونقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال ولا عمل عليها قل أبو بكر هذا قول قدم رجوع عنه إلى ما رواه الجماعة

(فصل) فإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لأنه أسبق فإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساوي لأنها جميعاً عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لأن الحرية تقع فيه عقيب الموت من غير تأخر والوصية تقف على الاعتاق بعده

﴿مسئلة﴾ (ويصح من كل من تصح وصيته)

لأنه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية وقال الحرقى يصح تدبيره إذا جاوز العشر وكان بعرف التدبير وكذلك الجارية إذا جاوزت التسع وقال الشافعي في أحد أقواله يصح تدبير الصبي المميز قال بعض أصحابه هو أصح أقواله وهو إحدى الروايتين عن مالك وروى ذلك عن شريح وعبد الله بن عتبة وقال الحسن وأبو حنيفة لا يصح تدبيره وهو إحدى الروايتين عن مالك والقول الثاني للشافعي لأنه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون

(فصل) وإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لانه أسبق وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لانهما جميعاً عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لان الحرية تقع فيه عند الموت والوصية تنفذ على الاعتق بعده

(فصل) ويجوز التدبير مطلقاً ومقيداً فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر كقوله أنت حر بعد موتي والمقيد ضربان (أحدهما) خاص نحو ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او في بلدي هذا او عامي هذا فأنت حر فهذا جائز على ما قل ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والا لم يعتق وقال مهنا سألت احمد عن قول لعبدك أنت حر مدبر اليوم ؟ قل يكون مدبراً ذلك اليوم فان مات ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات المولى

(الضرب الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار أو ان قدم زيد او ان شفى الله مريضى فأنت حر مدبر او فأنت حر بعد موتى فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه عتق التدبير على شرط واذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط في حياة السيد يقتضي وجوده في الحياة بدليل ما لو لم يعلق عليه عتقاً منجزاً فقال اذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق وكما لو قال لو كيله بع عبيدي

ولنا ان عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام من الانصار لآخواله من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت ثلاثين الفاً رواه سعيد بن منصور وكان الغلام ابن عشر سنين وروي انني عشرة ولم يعرف له مخالف والتدبير في معنى الوصية وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوصايا ومخالف التدبير العتق في الحياة لان فيه تفويتاً لماله في حياته ووقت حاجته والوصية والتدبير لا ضرر عليه فيهما فإنه ان عاش لم يذهب شيء من ماله وان مات فهو غير مستغن عن الثواب فيكون ذلك زيادة في رفع درجته وانما خص الخرقى ابن عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة والجارية بتسع لقول عائشة إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ولانه سن يمكن بلوغها فيه ويتعلن به أحكام غير ذلك فأما المجنون فلا يصح شيء من تصرفاته فلذلك لم يصح تدبيره ويصح تدبير المحجور عليه للسفاه لما ذكرنا في الصبي بل هو اولى بالصحة من الصبي لانه مكلف وحاجته الى الثواب اكثر من حاجة الصبي وصحة تدبير السكران مبنية على صحة وصيته وقد ذكرناه وكل من صح تدبيره فهو كالمكلف في صحته رجوعه قياساً على (فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان او حريباً في دار الاسلام وغيرها لان له ملكاً يحجها فصح تصرفه فيه كالسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل أنه يملك في النكاح ويملك عليه زوجته بغير اختياره ، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما نذكره

فمات الموكل قبل بيعه بطلت وكالاته ، ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبر او بعد الموت لا يمكن حدوث التدبير ، ون قال ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر فذكر ابو الخطاب فيها روايتين (احدهما) لا يعتق وهو قياس المنصوص عنه في قوله أنت حر بعد موتي بيوم او شهر فانه قال لا يعتق لانه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره فلم يعتق كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر ولانه اعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كأنه جز

(والثانية) يعتق وهو الذي ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح بذلك فجعل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع ساعة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فان الله تعالى جعل للانسان التصرف بعد موته في ثمنه بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع الساعة لان الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسائلنا وقولهم - حصل له ان تصرف في ثمنه قلنا انما تصرف فيه تصرفاً ثابت عقيب موته ويمنع انتقاله الى الوارث وان ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر وقد قيل يكون مراعى اذا قبل الموصى له تبيننا ان الملك كان له من - ين الموت وان لم يقبل تبيننا انه كان للوارث فلي قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث ان تصرف فيه كيف شاء ومن صحح هذا الشرط احتمل ان يمنع الوارث من التصرف في رقبته لانه يستحق العتق فأشبهه الموصى بعتقه واحتمل

﴿ مسألة ﴾ وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت كقوله انت حر أو عتيق أو معتق أو محرر بعد موتي فيصير بذلك مدبراً بلا خلاف نعلمه)

وكذلك ان قل انت مدبر أو قد دبرتك فانه يصير مدبراً بمجرد اللفظ وان لم ينوه هذا منصوص الشافعي وقل أصحابه فيه قول آخر انه ليس بصريح يفترق الى النية لانهما افظان لم يكتر استعمالهما فافتقرا الى النية كالكنائيات

ولنا أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفترقا الى النية كالبيع بخلاف الكنائيات فانها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتعين وترجيح احد المحتملين بخلاف الموضوع فانه لا يفترق الى النية كلفظ العتق

﴿ مسألة ﴾ (ويصح مطلقاً ومقيداً)

فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر والمقيد ضربان أحدهما خاص مثل ان يقول ان مات من مرضي هذا أو في بلدي هذا وفي عامي هذا أنت حر فهذا جائز على ما قال ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والا فلا وقل مهنا سالت أحمد عن قال لعبدك انت مدبر قال يكون مدبراً ذلك اليوم فان مات في ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات السيد

(الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل ان يقول ان دخلت الدار فمات مدبر أو ان قدم زيد أو ان شفى الله مريضني فأنت حر بعد موتي فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه علق التدبير على شرط

ان لا يمنعه لانه علق عتقه على صفة غير المرت فلم يمنع من التصرف فيه كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث لان الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط كما لو كان الوارث هو الذي علق عتقه

(فصل) فان قال انت حر بعد موتي بشهر او قال بيوم فقال احد في رواية مهنا لا يعتق ولا تصح هذه الصفة وقال أيضاً سألت أحمد عن رجل قال لعبده أنت حر بعد موتي بشهر بألف درهم فقال هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضيان ابن أبي موسى وابو يعلى فيها رواية أخرى انه يعتق اذا وجدت الصفتان الموت ومضي المدة المذكورة، وبهذا قال الثوري وابو يوسف واسحاق. ووجه الروايتين ما تقدم وقال اصحاب الرأي لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملكاً للوارث وكسبه له كأم الولد والمدير في حياة السيد ، وان كان امة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي .

فذا وجد صار مديراً وعق بموت سيده وان لم يوجد في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط يقتضي وجوده في الحياة بدليل ما لو علق عليه عتقاً منجزاً فقل اذا دخلت الدار فانت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ولان المدير من علق عتقه بالاموت وهذا قبل الموت لم يكن مديراً وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير فيه

(فصل) فان قال لعبد اذا قرأت القرآن فانت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مديراً وان قرأ بعضه لم يصير مديراً ، وان قال اذا قرأت قرآناً فانت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مديراً لانه في الاولى عرفه بالالف واللام المقنضية للاستغراق فعاد إلى جميعه وههنا نكره فاقضي بعضه فان قيل فقد قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم — واذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجاباً مستوراً) ولم يرد القرآن جميعه قلنا قضية اللفظ تناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه اراد ترغيبه في قراءة القرآن فتعلق الحرية به او مجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق اما قراءة آية او آيتين فلا

﴿ مسألة ﴾ (وان قال متى شئت فأنت مديراً او انت حر بعد موتي او اذا شئت أو أي وقت شئت فهو تدبير بصفة متى شاء في حياة سيده صار مديراً يعتق بموته)

لان المشيئة هنا على التراخي متى وجدت المشيئة وجد الشرط فهو كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخلها في حياة السيد وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات في

(فصل) إذا قال لعبدته إذا قرأت القرآن فأنْت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً وإن قرأ بمضه لم يصّر مدبراً وإن قال إذا قرأت قرآنًا فأنْت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبراً لانه في الاولى عرفه بالالف واللام المفتضية للاستغراق فعاد الى جميعه وههنا نكره فأنقض بمضه، فان قيل فقد قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وقول (وإذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمن بالآخرة حججاً مستورا) ولم يرد جميعه، قلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بمضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بنير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه اراد ترغيه في قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازي بهذا الامر الكثير ولا يرغب به الا فيما يشق اما قراءته آية أو آيتين فلا

(فصل) فان قال لعبدته ان شئت فأنْت حر بعد موتي أو اذا شئت او متى شئت او اي وقت شئت فأنْت حر بعد موتي فهو تدبير بصفة فتى شاء في حياة سيده صار مدبراً يعتق بموت سيده كما لو قال ان دخلت الدار فأنْت حر بعد موتي فدخلها في حياته وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فأنْت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فأنْت حر فهذا تعاقب لا متق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح وان قول القاضي

في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فأنْت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فهو تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح، وقال القاضي يصح فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فتى شاء بعد موت سيده عتق وما كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين

(احدهما) يكون للموصى له لانا تبيننا ما كسبه حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لانه عتق معاق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً

﴿مسئلة﴾ (وان قل ان شئت فأنْت مدبر فقياس المذهب انه على التراخي كقوله متى شئت) وقال ابو الخطاب ان شاء في المجلس صار مدبراً والا فلا وكذلك قال القاضي في قوله اذا شئت وإن شئت فأنْت حر بعد موتي على انه على الفور ان شاء في المجلس صار مدبراً والا بطلت الصفة ولم يصّر مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فانه يقف على المجلس وهذا في معناه، وإن قل ان شئت بعد موتي أو اذا شئت بعد موتي فأنْت حر كان على الفور أيضاً فتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم يثبت فيه حرية وذكر في الطلاق أنه اذا قل أنت طالق إن شئت وشاء أبوك فشاء معاً وقع الطلاق سواء شاء على الفور او تراخي أو شاء أحدهما على الفور والاخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسئلة مثل ما ذكره في الاخرى

صحته ، فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فمضى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين (أحدهما) أنه يكون للموصى له لانتنا تبينا انه ملكه من حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لانه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً ، وذكر القاضي في قوله اذا شئت او ان شئت فانت حر بعد موتي انه على الفور فان شاء في المجلس صار مديراً وان تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصير مديراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فان الاختيار يقف على المجلس وهذا في معناه وان قال ان شئت بعد موتي او اذا شئت بعد موتي فانت حر كان على الفور أيضاً فمضى شاء عقيب موت سيده أوفي المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية وقد ذكر في الطلاق انه اذا قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك فشاء معاً وقع الطلاق سواء شاء على الفور أو التراخي أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسألة مثل ما ذكر في الأخرى

(فصل) اذا قال لعبده اذا مت فانت حر او لا؟ أو قال فانت حر؟ او لست بحر؟ لم يصير مديراً لانه استفهام ولم يقطع بالعتق فأشبه ما لو قال لزوجته انت طالق او لا؟ وقد ذكرنا ذلك في الطلاق (فصل) واذا دبر احد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير الى نصيب شريكه موسراً كان او معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسري تدبيره إذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه

(فصل) وإذا قل لعبده إذا مت فانت حر او لا؟ أو قال فانت حر؟ او لست بحر؟ لم يصير مديراً لانه استفهام ولم يقطع بالعتق فهو كما لو قال لزوجته انت طالق أو لا؟ وسنذكر ذلك في الطلاق ﴿مسألة﴾ (واذا قال قد رجعت في تدويري أو ابطاته لم يبطل لأنه تعليق للعتق بصفة وعنه أنه يبطل كالوصية)

اختلفت الرواية عن احمد في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً فالصحيح انه لا يبطل لانه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر (وإثنية) يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهو قول الشافعي القديم وقوله الجديد كرواية الاولى وهو الصحيح كتعليقه بصفة في الحياة ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله واختياره وتجزع عقيب الموت كتجزعها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجتمعان في حصول العتق بالموت .

وهو قول أبي حنيفة لانه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعي قولان كاللذهبين ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فانه أكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها ولا يجوز بيعها ، والمدبر بخلاف ذلك فلي هذا ان مات المدبر عتق نصيبه أن خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موسراً ؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقى في غير هذا الموضع وان اعتق الشريك نصيبه قبل موت المدبر وهو موسر عتق وسرى الى نصيب المدبر

وذكر القاضي وأبو الخطاب فيها وجهين وللشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة لان المدبر قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر ابطاله ولنا قوله عايه السلام « من اعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه حصصهم والا فقد عتق منه ماعتق » ولانه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو أكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكره لأصله ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة (فصل) وان دبر كل واحد منها نصيبه فمات أحدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه وان كان يفي به فهل يسري العتق اليه ؟ على روايتين ، وان قال كل واحد منها إذا متنا فانت حر فقال أبو بكر قال أحمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر وظاهر

(فصل) إذا قال السيد لمديره إذا أدبت الى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير وينبغي على الروايتين إن قلنا ان له الرجوع بالقول بطل التدبير وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر هذا القول شيئاً ، وان دبره كله ثم رجع في نصفه صح إذا قلنا بصحة الرجوع في جميعه لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وان غير التدبير فكان مطلقاً لجملة مقيداً ان قلنا يصح الرجوع والا فلا فان كان مقيداً فاطلقة صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها وإذا دبر الآخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في احكامه وان دبر وهو ناطق ثم خرس صح رجوعه باشارته المعلومة أو كتابته وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لانه لا يعلم رجوعه

(فصل) وإذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تمايق للعتق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركته قيمته فتكون رهناً مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبهه مالو باشره بالعتق ناجزاً .

(فصل) وان ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد

هذا ان احمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما النصيبه ومعناه اذامات كل واحد منا فنصيبه حر فانه قابل الجملة بالجملة فيصرف الى مقابلة البعض ببعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته واخذ رمحاً وكذلك ان قال اعتقوا عبيدكم كان معناه اعتق كل واحد عبده وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتها جميعاً وانما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على ان وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ولا يصح هذا لانه لو كانت هذه الملة لعق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منها ولاننا قد أبطلنا هذا القول بما ذكرنا من قبل ومقتضى قول القاضي ان لا يعتق شيء منه قبل موتها جميعاً ، وان قال كل واحد منها اردت ان العبد حر بعد آخرنا موتا انبى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فان قلنا يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منها عليها جميعاً وان قلنا لا يصح ذلك عتق نصيب الآخر منها بالتدبير وفي سريته الى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان

وان قال كل واحد منها اذا مات قبل شريكه فنصيبه له فاذا مات فهو حر وان مات بعده فنصيبه حر قيد وصى كل واحد منهما للآخر فاذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فاذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له ان قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وان قلنا يصح عتق عليها ولاؤه بينهما

الى سيده في إحدى الروايتين والآخرى ان اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على أخذه أخذه وان لم يختار أخذه بطل تدبيره ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقاً لمن هو في يده وان مات سيده قبل سبي عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بحريته فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لا يقر على كفره . وقال القاضي لا يجوز استرقاقه اذا أسلم . وهو قول للشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذي أعتقه .

ولنا ان هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه ولا لانه فلان لا يمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين اذا لم يعرف مالكة بعينه ويثبت فيه اذا قسم قبل العلم بالملكه والملك أكد من الولاء فلان يثبت مع الولاء وحده أولى فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلهن بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسيبوه ملكوه وقسموه ، وعلى قول القاضي وقول الشافعي لا يملكوه فان كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان : (أحدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذي كصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله اذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون

﴿ مسألة ﴾ قال (وله بيعه في الدين)

ظاهر كلام الخرقى انه لا يباع في الدين وقد أوما إليه أحمد وقال مالك لا يباع الا في دين يغلب رغبة العبد فاذا كان العبد يساوي الفا فساكن عليه خمسمائة لم يبع العبد وروى عن أحمد انه قال انا ارى بيع المدبر في الدين، واذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت ان أبيع له لان النبي ﷺ قد باع المدبر لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره، باعه النبي ﷺ لما علم حاجته وهذا قول اسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقالوا ان باعه من غير حاجة أجزناه ونقل جماعة عن أحمد جواز بيع المدبر مطلقاً في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن بيع المدبر اذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه قال له ان يبيعه محتاجاً كان إلى ذلك او غير محتاج وهذا هو الصحيح

وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبدالعزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والاوزاعي والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي ومالك لان ابن عمر رضي الله عنهما روى ان النبي ﷺ قال « لا يباع المدبر ولا يشتري » ولانه استحق العتق بموت سيده اشبه ام الولد

فادركه صاحبه قبل قسمه قال القاضي الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتيقه بخلاف المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمة، وعنده واما إذا ارتد مدبره فان عصمة ولأنه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال احدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي ان المذهب أنه يكون موقوفاً فان عاد الى الاسلام فالتدبير باق بحاله والا تبينا ان ملكه لم يزل وان قتل او مات على رده لم يعتق المدبر لانا تبينا أن ملكه زال برده وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد الى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لان تدبيره سبق رده؟ فهو كبيعته وهبته قبل ارتداده وهذا ينبغي على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده، وسيد كوفي باب المرتد، فاما ان دبر في حال رده فتدبيره مراعى، ان عاد الى الاسلام تبينا ان تدبيره وقع صحيحاً وان قتل أو مات تبينا أنه وقع باطلاً ولم يعتق المدبر، وقال ابن أبي موسى تدبيره باطل وهو قول أبي بكر لان المال يزول بالردة وإذا أسلم رد اليه تملكه مستأنفاً

﴿ مسألة ﴾ (وله بيع المدبر وهبته وان عاد اليه عاد التدبير وعنه لا يباع إلا في الدين وعنه لا يباع الا مائة خاصة)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بيع المدبر فنقل عنه جماعة جواز بيعه مطلقاً في الدين

ولنا ما روى جابر رضي الله عنه أن رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بمائة درهم فدفعها اليه وقال «أنت أحوج منه» متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في أماره بن الزبير وقال أبو إسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد هم يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر وإن قال غدا فله بيعه اليوم وإن قال إذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياسا إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت من مرضي هذا فعبدني حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء وإن قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إنما أصله الوصية من اثالث فله أن يغير وصيته ما دام حيا فأما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ إنما هو من قول ابن عمر وقال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي ﷺ ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب أمام الولد فإن عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه ، ووجه قول الحارثي أن النبي ﷺ إنما يباع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة

وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سمد سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه فقال له أن يبيعه محتاجا كان أو غير محتاج قال شيخنا وهذا هو الصحيح . وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري واشوري والاوزاعي وأصحاب الرأي ومالك لأن ابن عمر روى أن النبي ﷺ قال «لا يباع المدبر ولا يشتري» ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد

؟ ولنا ما روى جابر أن رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بمائة درهم فدفعها اليه وقال «أنت أحوج منه» متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في أماره بن الزبير قال أبو إسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد هم يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر فإن قال غدا فله بيعه اليوم وإن قال إذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياسا إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تباع المدبرة في الدين الا في احدي الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى الامة كالبند)

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير امامنا رحمه الله وانما احتاط في رواية النعم من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطنها مع وقوع الخلاف في بيعها وحلمها فكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان هذا النعم منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فثبت فيه ثبت فيها

﴿مسئلة﴾ قال (فان اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير)

وجملة ذلك ان السيد اذا دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه عاد تدبيره لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه وذكر القاضي أن هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية اخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه ومذهب الشافعي مثل هذا الا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ما قال الخرقى لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع للامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه

من مرضي هذا فعبدني حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء. فان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض انما اصله الوصية من الثلث فله ان يغير وصيته ما دام حياً فاما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر قال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن رسول الله ﷺ ويحتمل انه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ولا يصح قياسه على أم الولد لان عتقها ثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه والهبة كالبيع لانها تملك في الحياة فاشبهت البيع وروي عنه رواية ثانية أنه لا يباع إلا في الدين وهو ظاهر كلام الخرقى وقال مالك لا يباع إلا في دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوي الفا وكان عليه خمسمائة لم يبع وروي عن أحمد انه قال انا أرى بيع المدبر في الدين وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأت ان أبيع لان النبي ﷺ باع المدبر لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره ، باعه النبي ﷺ لما علم من حاجته وهذا قول إسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقال ان باعه من غير حاجة أجزأه وهذا مثل الرواية الاولى . ووجه قول الخرقى والرواية التي قال أحمد انه يرى بيعه في الدين وإذا كان صاحبه فقيراً لا يملك غيره حديث جابر المذكور فان النبي ﷺ انما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة وعن أحمد رواية رابعة ان الامة لا تباع خاصة قال شيخنا لا نعلم هذا

﴿مسئلة﴾ قل (ولو دبره ثم قال قد رجعت في تدبيره او قد ابطلته لم يبطل لانه عاق العتق بصفة في احدى الروايتين والاخرى يبطل التدبير)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً فالصحيح أنه لا يبطل لانه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر والثانية يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعد آخر وهذا قول الشافعي القديم وقوله الجديد كالرواية الاولى وهو الصحيح لانه تعليق للعتق بصفة ولا يصح القول بانه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختياره وتنجز عقيب الموت كتجزها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجمعان في حصول العتق بالموت

(فصل) اذا قال السيد لمدبره اذا أدبت إلى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير وينبغي على الروايتين ان قلنا له الرجوع بالقول فظاهره انه بطل التدبير ههنا وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر القول شيئاً وإن دبره كله ثم رجع في نصفه صح اذا قلنا له الرجوع في جميعه لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وإن غير التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً صار مقيداً

التفريق بين المدبر والمدبرة عن غير امامنا رحمه الله وانما احاط في رواية النعم من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع الخلاف في بيعها وحائفاً فذكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان النعم منه كان على سبيل الورع لاعلى التحريم فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها مسحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فثبت فيه ثبت فيها

﴿مسئلة﴾ (وان عاد اليه عاد انه بئر)

لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم عاد اليه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار فباعه ثم اشتراه وذكر انقاضي ان هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية فيبطل بالبيع ولا يعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه وهذا مذهب الشافعي إلا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ان الصفة تعود بعوده الى ملكه لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع لامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمهما فيه

﴿مسئلة﴾ (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير) وجملة ذلك ان الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين (أحدهما) ان يكون موجوداً حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معناه

ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير والا فلا ، وان كان مقيداً فاطلقه صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها واذا دبر الاخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في أحكامه وان دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه باشارته المعلومة أو كتابته ، وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لانه لا يعلم رجوعه

(فصل) واذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للعق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركه سيده قيمته فتكون رهنًا مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبهه مالو باشره بالعق ناجزاً

(فصل) وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد الى سيده في إحدى الروايتين

(والاخرى) ان اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على أخذه أخذه وان لم يختار أخذه بطل تدبيره ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يمد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان

التدبير بنير خلاف فعله لانه كعضو من أعضائها فان بطل التدبير في الام لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت أصلاً (الحل الثاني) ان تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه حكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن واقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبدالعزيز والزهري ومالك والثوري والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي وذكر القاضي أن حنبلاً نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشترط المولى قال فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وللشافعي قولان كالمذهبين (أحدهما) لا يتبعها وهو اختيار الزني لان عتقها يتعلق بصفة ثبت بقول المعتق وحده فاشبهت من عاق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد أنما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا امت فان ثمرته لك ماعشت ولان التدبير وصية وولد الوصى بها قبل الموت لسيدها

ولنا ما روي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قاوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً ولان الام استحققت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كام الولد ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية لان التدبير آكد من كل واحد منهما لانه اجتمع فيه الاحرار وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ولذلك لا يبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا ان بطل التدبير في الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت

رقيقاً لمن هو في يده وان مات سيده قبل سبيه عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بجزائه فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لا يجوز اقراره على كفره . وقال القاضي لا يجوز استرقاقه اذا أسلم وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولأه المسلم الذي أعتقه

ولنا ان هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه وولائه فلائ لا يمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين اذا لم يعرف مالكة بعينه ويثبت فيه اذا قسم قبل العلم بمالكه والملك أكد من الولاء فلائ يثبت مع الولاء وحده أولى

فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ماله وقسموه . وعلى قول القاضي ومذهب الشافعي لا يملكونه فان كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان

(أحدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذمي كمصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلماً أو ذمياً وجوب ضمانه وتحريم تملك ماله اذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل انقسامه

وقل القاضي الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف

أما بقية على التدبير فان لم يتبع اثنان لهما جميعاً أقرع بينهما فإيهما خرجت القرعة له عتق ان احتمله الثلث والاعتق منه بقدر الثلث وان فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبداً أو أمة معاً فاما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا يتبعه لانه لا يتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاء ولا في الكتابة فان لا يتبع في التدبير أولى قل الميموني قالت لاحمد ما كان من ولد المدبرة قبل ان تدبر قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد ما دبرت وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه يتبعها في التدبير كما الموجود بعده لان حبلاً قل سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد قل ولدها معها قال شيخنا وهذا بعيد والظاهر ان أحمد انما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فان ولدها لا يتبعها في شيء من الاسباب التي تنقل الملك في الرقبة من البيع والهبة والوقف ولا يتبعها في الاستيلاء الذي هو أكد من التدبير فان لا يتبعها في التدبير أولى (فصل) فاما ولد المدبر فخكه حكمه حكم امه بغير خلاف علمناه وهو قول ابن عمر وعطاء الزهري والاوزاعي والليث لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فان تسرى المدبر باذن سيده فولد له فروي عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان إباحة التسري تنبئ على ثبوت الملك وولد الحر من امته يتبعه في الحرية دون امه كذلك ولد المدبر

المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده وأما اذا ارتد مدبره فان عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال ولاء أحدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي أن المذهب انه يكون موقوفاً فان عاد إلى الاسلام فالتدبير باق بحاله لانا تبيننا أن ملكه لم يزل وإن قتل أو مات على رده لم يعتق المدبر لانا تبيننا أن ملكه زال برده

وقال ابو بكر قياس قول ابي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد إلى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لان تدبيره سبق رده فهو كبيعته وهبته قبل ارتداده وهذا ينبغي على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده؟ وقد ذكر في باب المرتد فأما إن دبر في حال رده فتدبيره مراعى فان عاد إلى الاسلام تبيننا ان تدبيره وقع صحيحاً وإن قتل أو مات على رده تبيننا انه وقع باطلاً ولم يعتق المدبر

وقال ابن ابي موسى تدبيره باطل وهذا قول ابي بكر لان الملك عنده يزول بالردة واذا أسلم رد اليه تماماً مستأنفاً

امته يتبعه دونها ولانه ولد من يستحق الحرية من امته فيدعمه في ذاك كولد المكاتب من امته (فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها قلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لان الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع أولى فان رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنه المنفصل وان دبرها حاملاً ثم رجع في تدبيرها حل حملها لم يتبعها الوالد في الرجوع لان التدبير اعتق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولده توثان فافر بأحدهما لحقاه جميعاً وان نفى أحدهما لم ينتف الآخر وان رجع في أحدهما دون الآخر جاز وان دبر الولد دون امه أو الام دون ولدها جاز لانه يجوز ان يعتق كل واحد منهما دون صاحبه بخلاف ان يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ولانه تعليق العتق بصفة فجاز في أحدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وان دبر امته ثم قال ان دخلت الدار فقد رجعت في تدبيره لم يصح لان الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وان قال كما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك

(فصل) إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيري فعتقوا معي وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع ايمانهم لان الاصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فاذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيدته له أخذه منه لان التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعتق أو بالتعاق له على صفة أو بالاستيلاد وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فان اختلف

﴿مسئلة﴾ قال (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها)

وجاءته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين (أحدها) أن يكون موجوداً حال تدبيرها ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقول من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معها في التدبير بلا خلاف نعمه لانه بمنزلة عضو من أعضائها فان بطل التدبير في الام لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت فيه أصلاً (الحال الثاني) أن تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه كحكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قول سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي

وذكر القاضي أن حنبلاً نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد إذا لم يشترط المولى قال فظاهر هذا انه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء والشافعي قولان كأنه بين (أحدهما) لا يتبعها وهو اختيار المزني لان عتقها معلق بصفة تثبت بقول العتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدارق جابر بن زيد انما هو بمنزلة الحائط تصدقت به اذا مت فان ثمرته لك ما عشت ولان التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

هو وورثة سيده فما بيده بعد عتقه فقال كسبته بعد حريتي وقالوا بل قبلها فالقول قوله لانه في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقاً لهم فان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل فان أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لان الاصل معهم وان اقام المدبر بينة بدعواه قبات وتقدم على بينة الورثة ان كانت لهم بينة لان بينته تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بانه كان له في حياة سيده فاقام الورثة بينة به فهل تسمع بينهم؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وله إصابة مدبرته فان أولدها بطل تدبيرها).

يباح وطء أمته المدبرة، وقد روي عن ابن عمر أنه دبر امتين وكان يطؤها ومن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري ومالك والليث والاوزاعي والشافعي قال أحمد لأعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الأوزاعي انه كان يقول ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وان كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد التدبير.

ولنا أنها مملوكته لم تشتت نفسها منه فحل له وطؤها لقول الله تعالى (أوما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقياساً على أم الولد.

ولنا ماروي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعاً ، ولأن الام استمحت الحرية بموت سيدها فیتبعها ولدها كام الولد ويفارق التعاقب بصنة في الحياة والوصية من جهة أن التدبير أكد من كل واحد منها لانه اجتمع فيه الامران وما وجد فيه سببان أكد مما وجد فيه أحدهما وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا إن بطل التدبير في الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لهما جميعاً أفرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبداً وأمة معاً وأما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافاً في انه لا يتبعها لانه لا يتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاء ولا في الكتابة فلان لا يتبع في التدبير أولى قال الميموني قلت لاجمـد ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد ما دبرت

وقال حنبل سمعت عبي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد ؟ قال ولدها معها ، وجعل ابو الخطاب هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها وهذا بعيد والظاهر ان احمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها وانما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فان ولدها الموجود

(فصل) وابنة المدبرة مثاها في حل وطؤها ان لم يكن وطئ أمها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتب . ولنا ان ملك سيدها تام فيها فحل له وطؤها للآية وكأما واستحقاقها الحرية لا تزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطؤها وأما ولد المكاتبه فألحقت بأمها وأمها محرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها وكلام احمد محمول على انه وطئ أمها .

(فصل) فان اولدها بطل تدبيرها لان مقتضى التدبير العتق من الثلث بعد الموت والاستيلاء يقتضي ذلك مع تأكده وقوته فانها تعتق من رأس المال وان لم يملك غيرها ولا يمنع الدين عتقها فوجب ان يبطل به التدبير كلاك الرقبة اذا طرأ على ملك النكاح ابطاله .
﴿ مسألة ﴾ (وان كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز) .

اما تدبير المكاتب فهو صحيح ، لانعلم فيه خلافاً لانه تعليق لعنته بصفة وهو يملك اعتاقه فملك التعليق وان كان وصية فهو وصية بما ملك وهو الاعتاق وتصح كتابة المدبر ، نص عليه احمد وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن وايفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادما لها ثم أرادت ان تكاتبه قل فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبه فان أدى كتابته فذلك وان حدث بك حدث عتق وأراه قال ما كان عليه له ، ولان التدبير ان كان عتقا بصفة

لا يذمها في عتق ولا كتابة ولا استيلاد ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الاسباب الناقلة للملك في الرقبة

(فصل) فان علق عتق أمته بصفة نظرنا فان كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه لانه كعضو من أعضائها وإن كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة لم يتبعها في الصفة ولم يعتق بوجودها ، وفيه وجه آخر انه يعتق بها ويتبع أمه في ذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وجه اتباعه اياها أنها استحققت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة

وانما انه يملكها ملكا كاملا ويباح له التصرف في رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف فليعتق ولدها بعتقها كالموصى بعتقها أو الموكل فيه وتفارق المدبرة فان التدبير أكد لما ذكرنا ولهذا اختلاف في جواز بيعها والتصرف فيها

(فصل) فأما ولد المدبر فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافاً وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهري والاوزاعي والليث وذلك لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وان تسرى باذن سيده فولد له أولاد فروي عن أحمد انهم يتبعونه في التدبير

وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان اباحة التسري تنبني على

لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع احدهما الآخر كتدبير الكاتب ، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة اذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه ، ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فاذا اجتمعا كانا أكد لحصوله فانه متى فات عتقه باحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان لان الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للوصى له ولا يجتمعان .

﴿مسئلة﴾ (فان أدى عتق بالكتابة وبطل التدبير وان مات سيده قبل الاداء عتق ان حمل الثلث ما بقي من كتابة وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق منه وكان على الكتابة فيما بقي .

(فصل) ومتى عتق بالتدبير كان مافي يده لسيده لانه كان له قبل العتق فيكون له بعد العتق كما لو لم يكن مكاتباً وبطلت الكتابة ذكره أصحابنا ومذهب الشافعي ان مافي يده له إذا لم يكن عجز ، قال شيخنا وعندي انه ينبغي ان يعتق ويتبعه ولده واكسابه لان السيد لا يملك ابطال كتابته لكونها عقدًا لازماً من جهة وإنما يملك اسقاط حقه عليه فأما ما يستحقه المكاتب من أولاده واكسابه

ثبوت الملك وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دونها كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من أمته

(فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لأن الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع أولى وإن رجع في تدبيره وحده جاز لأنه إذا جاز الرجوع في الأم المباشرة بالتدبير ففي غيرها أولى وإن رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنها المنفصل وإن دبرها حلاً ثم رجع في تدبيرها حل حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لأن التدبير اعتاق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولد له توأمان فافر بأحدهما لزماء جميعاً وإن نقي أحدهما لم ينتف الآخر وإن رجع فيهما جميعاً جاز وإن رجع في أحدهما دون الآخر جاز وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز لأنه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ولأنه تعليق العتق بصفة فجاز في أحدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وإن دبر أمته ثم قال إن دخلت الدار فقد رجعت في تدبيره لم يصح لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وإن قال كما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك .

فلا يتمكن السيد من أخذه ويصير كما لو أبرأه من مال الكتابة ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه .

﴿مسألة﴾ (وإذا دبر شركاً له في عبد لم يسر إلى نصيب شريكه وإن اعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم قيمته لسيدته ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني) .

وجملة ذلك أنه إذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسري تدبيره إذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعي قولان كالمذهبيين .

ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فانه أكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا إن مات المدبر عتق نصيبه إن خرج من الثلث وهل يسري إلى نصيب شريكه إن كان موسراً فيه روايتان ذكرناهما في كتاب العتق فإن اعتق الشريك نصيبه قبل موت السيد وهو موسر عتق وسرى إلى نصيب المدبر ، وذكر القاضي وأبو الخطاب فيه وجهين وللشافعي فيها قولان . (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة ، لأن في المدبر قد انمقدسب الولاء على العبد فلم يكن لآخر إبطاله .

(فصل) وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيرى فعتقوا معى وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع أيمانهم لأن الأصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فإذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الأصل (فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيدة وله أخذه منه لأن التدبير لا يخرج عن شبهة بالوصية بالعتق أو بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاء وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فإن اختلف هو وورثة سيده فيما في يده بعد عتقه فقال كسبته بعد حرى وقالوا بل قبل ذلك فالقول قوله لأنه

ولنا حديث ابن عمر الذي ذكرناه في سراية العتق إلى نصيب الشريك إذا كان موسراً ولأنه إذا سرى إلى إبطال الملك الذي هو آكد من الولاء فالولاء أولى وما ذكرناه لأصله ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة .

(فصل) إذا دبر كل واحد من الشريكين نصيبه فمات أحدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير إن لم يف ثلثه بقيمة حصه شريكه وإن كان يفي به فهل يسرى ؟ على روايتين ذكرناهما وإن قال كل واحد منهما إذا متنا فأت حر فقال أبو بكر قال أحمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر فظاهر هذا أن أحمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فإنه قابل الجملة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض ببعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل إنسان ثوبه وركب دابته وكذلك لو قال اعتقوا عبيدكم كان معناه أعتق كل واحد عبده ، وقيل القاضى هذا تعليق للحرية بمرتها جميعاً وإن قال أحمد يعتق نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها قال شيخنا ولا يصح هذا لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل منهما وسنبين هذا القول بما نذكر من بعده ، ومقتضى قول القاضى أن لا يعتق شيء منه قبل موتهما جميعاً ، فإن قال كل واحد منهما أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتاً أنبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فإن قلنا يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً ، وإن قلنا لا يصح عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته إلى باقىه إن كان ثلثه يحتمل ذاك روايتان ، وإن قال كل واحد منهما إذا مت قبل شريكي فنصيبى له فإذا مات فهو حر وإن مت بعده فنصيبى حر فقد وصى كل واحد منهما الآخر فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه له كله إن قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وإن قلنا يصح عتق عليهما ولاؤه بينهما .

﴿ مسألة ﴾ وإذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيدة وإن أعوز فعليه تمامه إلا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه وجهلته أنه إذا أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه لئلا يبقى الكافر مالاً لمسلم كغير

في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فإنه كان رقيقاً لهم فإن أقام كل واحد منهما بيته بدعواه قدمت بيته الورثة عند من يقدم بيته الخارج وبيته المدبر عند من يقدم بيته الداخل وإن أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لأن الأصل معهم فإن أقام المدبر بيته بدعواه قبلت وتقدم على بيته الورثة إن كانت لهم بيته لأن بيته المدبر تشهد بزيادة وإن لم يقر المدبر بأنه كان في يده في حياة سيده فأقام الورثة بيته به فهل تسمع بينتهم؟ على وجهين:

(مسئلة) قال (وله إصابة مدبرته)

يعني له وطؤها روي عن ابن عمر أنه دبر أمتين وكان يطؤها ويمن رأى ذلك ابن عباس، وسعيد بن المسيب وعطاء والثوري والنخعي ومالك والاوزاعي والليث والشافعي قال أحمد لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الاوزاعي أنه كان يقول إن كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وإن كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها ولنا أنها مملوكة لم تشتت نفسها منه فغل له وطؤها لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم فاتهم غير ملومين) وكأم الولد

المدبر إذا قلنا بجواز بيعه ويحتمل أن يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه فإن لم يكن له كسب أجبر سيده على الانفاق عليه لأنه ماله ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على أن المدبر لا يجوز بيعه ولأن في بيعه إبطال سبب العتق فكان إبقاؤه أصح كأم الولد فإن قلنا ببيعته فباعه بطل تدبيره وإن قلنا يترك في يد عدل فإنه يستنيب من يتولى استماله واكتسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وإن لم يف كسبه بنفقته فالباقي على سيده وإن اتفق هو وسيده على المخارعة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فإذا مات سيده عتق أن خرج من الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة إن كانوا كفاراً وإن أسلموا بعد الموت ترك فإن رجع سيده في تدبيره ، وقلنا بصحة رجوعه يبيع عليه وإن كان المدبر مستأمناً فأراد الرجوع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم تمنعه منه وإن كان قد أسلم منع لأننا نحول بينه وبينه في دار الإسلام فأولى أن يمنع من التمكن منه في دار الحرب .

(مسئلة) (ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين وهل يحكم بشاهد وامرأتين أو شاهد ويمين العبد؟ على روايتين)

إذا ادعى العبد على سيده أنه دبره صحت دعواه لأنه يدعي استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى لأن السيد إذا أنكر التدبير كان بمنزلة النكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين

(فصل) وابنة المدبرة كامها في حل وطئها ان لم يكن وطئ امها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبه .

ولما ان ملك سيدها تام عليها خل وطؤها للآية وكامها واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق امها ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتبه فالحقت بامها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب الحاقها بها وكلام احمد محمول على أنه وطئ أمها فخرمت عليه لذلك .

(مسئلة) قل (ومن أنكر التديير لم يحكم عليه الا بشاهدين عدلين أو شاهد ، يمين العبد)

وجملته أن العبد إذا ادعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحة لانه يدعي استحقاق العتق ويحتمل أن لاتصح الدعوى لان السيد اذا أنكر انتديير كان بمنزلة انكار الوصية . وانكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين فيكون انكار انتديير رجوعاً عنه والرجوع عنه يبطله في أحد الوجهين فتبطل الدعوى والصحيح أن الدعوى صحيحة لان الصحيح ان الرجوع عن انتديير لا يبطله وله ابطله فما ثبت كون الانكار رجوعاً ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جواباً للدعوى فانه يجوز أن يكون جوابها اقراراً فاذا ثبت هذا فان السيد ان أقر فلا كلام وان انكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول النكر مع يمينه

فيكون انكار انتديير رجوعاً عنه والرجوع عنه يبطله في احدى الروايتين والصحيح ان الدعوى صحيحة لان الرجوع عن التديير لا يبيته في الصحيح من المذهب ولو أبطله فما ثبت كون الانكار رجوعاً ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جواباً للدعوى فانه يجوز ان يقر إذا ثبت هذا فان أقر السيد فلا كلام وان انكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول السيد مع يمينه لان الاصل عدمه فان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيها شاهدان عدلان بغير خلاف فان لم يكن الا شاهد واحد وقال انا احلف معه أو شاهد وامرأتان لم يحكم له به في احدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الحرية وكل الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال اشبه النكاح والطلاق

(واثانية) ثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فاشبه البيع وهذا أجود لان البينة انما تراد لاثبات الحكم على الشهود عليه وهو في حقه ازالة ملكه عن ماله فيثبت بهذا وان حصل به غرض آخر للشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولان العتق مما يشوف اليه وينبغي على التغليب والسراية فينبغي ان يسهل طريق اثباته وان كان الاختلاف بين العبد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الاختلاف مع السيد الا ان الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع وإيمانهم [المغني والشرح الكبير] (٤٢) (الجزء الثاني عشر)

لان الاصل عدمه وان كانت للعبد بيعة حكم بها ويقبل فيه شاهدان عدلان بلاخلاف وان لم يكن له الا شاهد واحد وقال أنا أحلف معه أو شاهد وامرأتان ففيه روايتان :

(احدهما) لا يحكم به وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الجرية وكال الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبهه النكاح والطلاق (والثانية) يثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبهه البيع وهذا أجود لان البيعة انما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه. وهي في حقه إزالة ملكه عن ماله فثبت بهذا وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البيعة ولان العتق مما يتشوف اليه ويبني على التغليب والسراية فينبغي أن يسهل طريق اثباته وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع وأيمانهم على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وإيمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وإيمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

(فصل) اذا دبر عبده ومات وله مال سواء يفي بثلاثي ماله الا انه غائب أو دين في ذمة انسان لم يعتق من المدبر الاثثة لجواز ان يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولم تثلثها فلا يجوز ان يحصل على جميعها لكنه يستحق عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لان ثلثه حر على كل حال لان اسوأ الاحوال ان لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه وفي ذلك خلاف ذكرناه في باب الموصى به فيما إذا وصى له بمعين ولم يكن له سوى المعين الا مال غائب أو دين وهذا مثله في اعتباره من الثلث اذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب أو استيفاء الدين تبيننا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي عتق عليه السيد حرية وهو الموت وانما اوقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبيننا انه كان حاصلاً قبل زوال الشك وان تلف المال تبيننا انه كان ثلثاه رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه وان تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال (فصل) فان دبر عبيدين وله دين يخرج من ثلث المال اذا حصل أقرعنا بينهما فعتق من يخرج له القرعة قدر ثلثها وكن باقيه والعبد الاخر موقوفاً فاذا استوفي من الدين شيء كل من

(مـ ثلثة) قال (واذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر عتق من المدبر ثلثه وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء عتق من المدبر مقدار ثلثه كذلك من يعتق الثلث حتى كله)

وجملة ذلك أن السيد إذا دبر عبده ومات وله مال سواء يني بثلثي ماله إلا أنه غائب أو دين في ذمة انسان لم يعتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يعتذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيما له ثلثها وله ثلثها فلا يجوز أن يحصل على جميعها ولكنه يتجزع عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لأن ثلثه حر على كل حال لأن أسوأ الاحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواء وكذا اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء عتق من المدبر قدر ثلثه فإذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثاني فإذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقي وإن بقي له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه لأن الحاصل من المال يخرج المدبر كله من ثلثه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفى من الدين شيء أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه لأن الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم فلا يجوز أن يحصل على شيء ما لم يحصل لهم مثله فان تلف الغائب ويئس من استيفاء الدين عتق ثلثه حينئذ وما كوا ثلثه لأن العبد صار جميع التركة وهذا لا يصح لأن ثلث العبد خارج من الثلث يقينا

عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً أو مقدار الثلث منها فان تعذر استيفاء الدين لم يزد العتق على مقدار ثلثها فان خرج الذي وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) إذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة ديناً عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الباقي وان كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثه ووقف عتقه على استيفاء الدين

(فصل) وان دبر عبده وقيمته مائة واه ابنان ومائتان ديناً على احدهما عتق من المدبر ثلثه لأن حصة الذي عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى للآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه فان كانت المائتان ديناً على الاثنين بالسوية عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل له ذلك بسقوطه من دينه

(فصل) إذا دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم ديناً له على احدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للوصى سدس العبد والابن ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفاً لأن الحاصل من المال ثلثه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك

وانما الشك في الزيادة عليه وما خرج من الثلث يقيناً يجب أن يكون يتيناً حراً لأن التدبير صحيح ولا خلاف في أنه ينفذ في الثلث ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقضي له وعدم الفائدة في وقفه لا معنى له وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختصاص بهم لا يوجب أن لا يحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه ألا ترى انه لو أبرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء؟ ولو كان الدين مؤجلاً فأبرأه منه برىء من ثلثه في الحال وتأخر استيفاء الثلثين الى الاجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه في الحال وتأخر الباقي الى الميسرة . ولان تأخير عتق انثالث لا فائدة للورثة فيه ويفوت نفعه للمدبر فينبغي أن لا يثبت فاذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبين انه كان حراً حين الموت فيكون كسب له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حرية وهو الموت وانما وقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبين انه كان حاصلاً قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبين انه كان ثائهاً رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وإن تلف بعض المال رق من المدبر مازاد على قدر ثلث الحاصل من المال

(فصل) وإن كان المدبر عبدین وله دين يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله أقرعنا بينهما فيعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثائها وكان باقية والعبد الآخر موقوفاً اذا استوفى من الدين شيء

مقسوم بين المدبر والوصي نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له سدسه موقوفاً فكلما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابن والوصي اثلاثاً فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل المدبر عتق نصفه وحصل للوصي ثلث المائة وسدس العبد وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصي الآخر وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثائها موقوفاً فكلما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابن والوصي اسداساً للوصي سدسه ولها خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

﴿ مسألة ﴾ (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره لamarin)

(أحدهما) انه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية (والثاني) ان التدبير وصية فيبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الوالد كونه آكد فانها صارت بالاستيلاء بحال لا يمكن نقل الملك فيها ولذلك لم يجوز بيعها ولا هبتها ولا رهنها

كل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً أو مقدار الثلث منها ، وإن تعذر استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثها وإن خرج الذي وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) وإذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة ديناً عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقي وإذا كانت له مئة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين (فصل) وإن دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان وله مائتان ديناً على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه لأن حصة الذي عليه الدين منه كالستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخر عليه مائة كما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه وإن كانت المائتان ديناً على الابنين بالسوية عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته (فصل) فإن دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم ديناً له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان لاموصى له سدس العبد والابنين ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفاً لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك متمسوم بين المدبر والوصي نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحل ويبقى له السدس موقوفاً فكما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابنين والوصي اثلاثاً

ولا الرجوع عن ذلك القول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها انتقل الملك فيها إلى الوارث ولا سبيل إليه بخلاف المدبر ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبعضية الذي حصلت بينهما وبين سيدها بواسطة ولدها وهو أكد من القول ولهذا نذر استيلاء المجنون ولم ينفذ اعتقاله ولا تدبيره وسرى حكم استيلاء المعسر إلى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ إلا في الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها وإن كان سيدها مفلساً بخلاف المدبر ولا يلزم الحكم في موضعين كد الحكم فيما دونهما كما يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افترقا فيها. إذا ثبت هذا فلا فرق بين كونه عمداً أو خطأ كما لا فرق في ذلك في حرمان الارث وإبطال وصية القاتل

(فصل) فأما سائر جنائياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن إن كانت جناية موجبة للمال أو للقصاص فعفا الولي إلى المال تعلق المال برقبته فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجاية وبين فدائه فإن سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره وإن اختار فداءه وفداه بما يفدى به فهو مدبر بحاله ومن لم يحجز بيعه أوجب فداءه على سيده كام الولد وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فاقص منه في النفس بطل تدبيره وإن اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله وإذا مات سيده بعد جنائيته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال أو للقصاص لأن صفة العتق وجدت فيه فأشبهه بالواشهر به فإن الواجب قصاصاً استوفى سواء كانت

فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل في المدبر عتق نصفه وحصل للوصي سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثالثه بينه وبين الوصي الآخر وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفاً فكلما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصي اسداساً للوصي سدسه ولهما خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثالثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس المائتين وسدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

مسئلة قال (واذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزاً اذا كان له عشر سنين فصاعداً وكان يعرف التدبير وما قلته في الرجل فالمرأة مثله اذا كان لها تسع سنين فصاعداً)

وجملته ان تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة وهذا احدى الروايتين عن مالك وأجدقولي الشافعي قال بعض أصحابه هو اصح قوليه

وروي ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وابو حنيفة لا يصح تدبيره كالمجنون وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي لانه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون ولنا ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن ابي بكر بن محمد ان غلاماً من الانصار اوصى لاقوال له من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت بثلاثين الفاً فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فاجاز الوصية قال يحيى بن سعيد وكان الغلام ابن عشر سنين او اثنتي عشرة سنة

وروي ان قوماً سألوا عمر رضي الله عنه عن غلام من غسان يافع وصى ابنت عمه فاجاز عمر وصيته ولم يعرف انه مخالف ولا ن صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين لانه ما دام باقياً لا يلزمه فاذا مات كان ذلك صلة وأجراً فصح كوصية المحجور عليه لسفه وبخالف العتق لان فيه تفويت ما له عليه في حياته ووقت حاجته فاما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي ﷺ « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر رضي الله عنه واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضي الله عنها اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة وروي ذلك عن النبي ﷺ مرفوعاً ولانه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك

جنايته على عبد أو حر لان القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بمحدث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته وان جني على ادبر فارش الجناية لسيدته فان كانت الجناية على نفسه وحبث قيمته لسيدته وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قاتمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف؟

(فصل) ويصح منه الرجوع ان قلنا بصحة الرجوع من المكلف لان من صحت وصيته صح رجوعه كالمكلف وان اراد بيع المدبر قام وليه في بيعه مقامه وان اذن له وليه في بيعه فباعه صح منه (فصل) ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ووصيته لما ذكرنا في الصبي ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره لانه لا يصح شيء من تصرفاته وان كان يجن يوما ويفيق يوما صح تدبيره في افاقته (فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان أو حربياً في دار الاسلام ودار الحرب لان له ملكاً صحيحاً فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل انه يملك في النكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ومن عليه الدين اذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا فان أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه وأجر عليه لثلاثين يوماً الكافر مالكا للمسلم كغير المدبر، ويحتمل ان يترك في يد عدل، ينفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجبر سيده على الانفاق عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوايه بناء على ان بيع المدبر غير جائز ولان في بيعه ابطال سبب العتق وإزالة غرضيته فكل ابقاؤه أصلح فتمتعين كام الولد فان قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فانه يستنيب من يتولى استعماله واستكسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فليسيده وان لم يف بنفقته فالباقى على سيده وان اتفق هو وسيده على المحارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان أسلموا بعد الموت ترك وان رجع سيده في تدبيره وقنا بصحة الرجوع بيع عليه وان كان المدبر كمستأمن وأراد ان يرجع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك وان كان قد أسلم منع منه لاننا نحول بينه وبينه في دار الاسلام وتولي ان يمنع من التمكن به في دار الحرب

(مسئلة) قال (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)

انما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعتنين (احدهما) أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو ابطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية (والثاني) ان التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الولد لكونه أكد فانها صارت بالاستيلاء بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ولذلك لم يجز

قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه

(احدها) ان كل واحد من الوقف والرهن لازم فتملق الحق ببطله والتدبير غير لازم لانه يمكن

ابطاله بالبيع وغيره فلم يتعاق الحق ببطله

(الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبطل لا يقوم مقامه في

بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق يموت سيدها لا تنتقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولان سبب حرية ام الولد الفعل والبعضية التي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهذا أكد من اقول ولهذا انعقد استيلاد المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاد المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ الا في الثلث ولا يملك الغرماء ابطال عتقها وان كان سيدها مفلسا بخلاف المدبر ولا يلزم من الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما لم يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افرقا فيها . إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ كما لا فرق بين ذلك في حرمان الارث وابطال وصية القاتل

(فصل) فاما سائر جنایاته غیر قتل سیده فلا تبطل تدبيره لكن ان كانت جنایة موجبة للمال أو موجبة للقصاص فعفا الولي الى مال تعلق انان برقبته فن جوز بيعه جعل سيدد بالخيار بين تسليمه فبياع في الجنایة وبين فدائه ون سلمه في الجنایة فبيع فيها بطل تدبيره وان عاد الى سيده عاد تدبيره وان اختار فداءه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله ومن لم يميز بينه عين فداءه على سيده كام الولد وان كانت الجنایة موجبة للقصاص فقتص منه في النفس بطل تدبيره وان اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله واذا مات سيده بعد جنایته وقبل استيفائها عتق على كل حل سواء كانت موجبة للمال أو القصاص لان صفة العتق وجدت فيه فاشبهه مالو باشره به فان كان الواجب قصاصا استوفي سواء كانت جنایته على عبد أو حر لان القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقة فلا يسقط بمحدث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامرين من قيمته أو أرش جنایته وان جني على المدبر فارش الجنایة لسیده فان كانت الجنایة على نفسه وجبت قيمته لسیده وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف اذا جني عليه ؟ قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه (أحدهما) ان كل واحد من الوتف والرهن لازم فتعلق الحق ببذله والتدبير غیر لازم لانه يمكن ابطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببذله (الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقته والبدل لا يقوم مقامه في الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للمرتهن وهو باق فيثبت حقه في بدل محل حقه

(الثالث) أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سیده فاذا هلك قبل سیدد فقد هلك قبل ثبوت

الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للمرتهن وهو باق فثبت حقه في بدل محل حقه (الثالث) ان المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سیده فاذا هلك قبل سیده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيهما فقام بدلها مقامهما وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام

الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيها فقام بدلها مقامها وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البديل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز أن تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وفقاً مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

(فصل) وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه ، جاز نص عليه احمد وهذا قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن وللفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قریش خادماً لها ثم أرادت أن تكاتبه قال فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبيه فان أدى كتابته فذاك وان حدث بك حدث عتق قال وأراه قال على ما كان عليه له ولان التدبير ان كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وان كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير الكاتب ، وذكرنا في أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فإذا اجتمعا كان آكد لحصوله فانه إذا فات عتقه من أحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان ، لأن الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه الموصى له ولا يجتمعان إذا ثبت هذا فانه ان أدى في حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير ان خرج من الثلث وبطلت الكتابة وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ، فان أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقي الكتابة ان خرج من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقي من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقي .

المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البديل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز ان تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وفقاً مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع ان يحصل الفرق بينه وبين الرهن به والله أعلم

كتاب المطالب

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي مؤجلاً، سميت كتابة لان السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ومنه سمي الخرز كتاباً لانه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخززه وقال الحريري .
وكاتبين وما خطت أناملهم حرفاً ولا قرأوا ما خط في الكتب
وقال ذو الرمة في ذلك المعنى .

وفراء عرفتة أنأى خوارزها مشلش صنعته بينها الكتب
يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتبية كنيية لانضمام بعضها إلى بعض
والمكاتب يضم بعض نجومه إلى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف
الحساب وإنما تعرف الاوقات بطول النجوم كما قال بعضهم .

إذا سهيل أول الليل طلع فابن اللبون الحق والحق جذع
فسميت الاوقات نجومها والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله
تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وأما السنة فما روى

﴿ باب الكتابة ﴾

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي في نجوم ، سميت كتابة لان السيد يكتب
بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من "كتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض
النجوم الى بعض ومنه سمي الخرز كتاباً لانه يضم احد طرفيه الى الآخر بخززه قال الحريري
وكاتبين وما خطت أناملهم حرفاً ولا قرأوا ما خط في الكتب
وقال ذو الرمة :

وفراء عرفتة أنأى خوارزها مشلش صنعته بينها الكتب
يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتبية كنيية لانضمام بعضها الى بعض والمكاتب
يضم نجومه بعضها الى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف الحساب
وإنما تعرف الاوقات بطول "نجوم كما قال بعضهم

إذا سهيل أول الليل طلع فابن اللبون الحق والحق جذع
فسميت الاوقات نجومها والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله
تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وأما السنة فروى

سعيد بن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال إذا كان لاحدا كن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه وروى سهل بن حنيف أن النبي ﷺ قال « من اعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل الاظله » في أحاديث كثيرة سواها . وأجمعت الامة على مشروعية الكتابة

(فصل) إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته إذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده إليها فعليه إجابته وهو قول عطاء والضحاك وعمر بن دينار وداود وقال إسحاق اخشى أن يأثم أن لم يفعل ولا يجبر عليه ووجه ذلك قول الله تعالى (فكتابوهم ان علمتم فيهم خيراً) وظاهر الامر الوجوب وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لانس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكتابوهم ان علمتم فيهم خيراً) فكتابته أنس

ولنا إنه إعتاق بعوض فلم يجب كالأستماء والآية محمولة على الندب وقول عمر رضي الله عنه يخالف فعل أنس ولا خلاف بينهم في أن من لاخير فيه لا تجب اجابته قال أحمد الخير صدق وصلاح

سعيد بن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال « إذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » رواه أبو داود وابن ماجه وروى سهل بن حنيف أن النبي ﷺ قال « من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل الاظله » في أحاديث كثيرة سواها واجمعت الامة على مشروعية الكتابة ﴿مسئلة﴾ (وهي مستحبة ان يعلم فيه خير وهو الكسب والامانة وعنه أنها واجبة إذا ابتغها من سيده أجبر عليها)

إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته إذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب سيده إليها وهو قول عطاء والضحاك وعمر بن دينار وداود وقال إسحاق اخشى أن يأثم أن لم يفعل ولا يجبر عليها . ووجه ذلك قول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكتابوهم ان علمتم فيهم خيراً) وظاهر الامر الوجوب وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لانس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكتابوهم ان علمتم فيهم خيراً) فكتابته أنس

ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمر بن دينار وغيرها وعبارتهم في ذلك مختلفة قال ابن عباس غني وإعطاء للمال وقال مجاهد غني وأداء وقال النخعي صدق ووفاء وقال عمرو بن دينار مال وصلاح وقال الشافعي قوة على الكسب وامانة وهل تكره كتابة من لا كسب له اولا ؟ قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهيته وكان ابن عمر رضي الله عنه يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لأن جويرة بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الانصاري فأتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها ولم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه وينبغي ان ينظر في المكاتب فان كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لمجزه من الاتفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فاما جويرة فانها كانت ذات أهل ومال وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت الى أهلها فاخلف الله لها خيراً من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ وصارت إحدى امهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم ان رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم ير امرأة اعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فان كاتبها تدل على اباحة ذلك وانه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وانما الخلاف

ولنا انه اعتاق بعوض فلم يجب عليه كلاً استسعاء والآية محمولة على الندب وقول عمر يخالفه فعل أنس قال أحمد الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمر بن دينار وغيرها وعبارتهم في ذلك مختلفة وقيل قوة على الكسب والامانة قال الشافعي وقال ابن عباس غني واعطاء المال ، وقال مجاهد غني وأداء ، وقال النخعي صدق ووفاء ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا يجب اجابته

﴿مسئلة﴾ (وهل تكره كتابة من لا كسب له ؟ على روايتين)

قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهته وكان ابن عمر يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لأن جويرة بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس فأتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها فلم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه قال شيخنا وينبغي ان ينظر في المكاتب فان كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لمجزه من الاتفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فاما جويرة فانها كانت ذات أهل وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت الى أهلها فاخلف الله لها خيراً من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ

في كراهته وقال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكتابة فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكافه إلا طاقته

(فصل) ولا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيةهما ولا مكاتبته سيدهما لهما وأما الصبي المميز فإن كاتب عبده بأذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بأذن وليه ولأن هذا عقد اعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال فاما أن لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال وإن كان المميز سيده صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيها جميعاً بحال لأنه ليس بمكلف فإليه المجنون

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بأذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف إليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا؟ وإيجاب السيد لعبده المميز المكتابة إذن له في قبولها إذا ثبت هذا فإن كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً فلا حكم لتصرفه ولا قوله وإن كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة لأنه لاحقهم لقبولها ولكن أن قال أن أدبنا إلى فأنتم حران فاديا عتق بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وإن لم يقل ذلك لم يعتق ذكره أبو بكر وقال القاضي

وصارت إحدى أمهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم أن رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم تر امرأة أعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وإنما الخلاف في كراهته قال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكتابة فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكافه إلا طاقته

❖ مسألة ❖ (ولا يصح إلا من جاز التصرف فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيةهما ولا مكاتبته سيدهما لهما لأن الكتابة تنقل الملك بعوض فلا تصح منها كالبيع

❖ مسألة ❖ (فإن كاتب المميز عبده بأذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بأذن وليه ولأنه عقد اعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال ولا يصح بغير إذن وليه بحال

❖ مسألة ❖ (وإن كاتب السيد عبده المميز صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيها جميعاً بحال لأنه ليس بمكلف أشبه المجنون

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بأذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف إليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا؟ وإيجاب السيد لعبده

يعتقان ، وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان ادبت إلى فانت حر .

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبهه البيع الباطل .

(فصل) وإذا كاتب الذي عبده المسلم صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصبح منه وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه سواء ترافعا قبل اسلامها أو بعده وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمرًا أو خنزيرًا أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل .

(أحدها) أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لان ما تم في حال الكفر لا ينقضه الخاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام أو بعده .

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يمتق أيضاً لان هذه كتابة فاسدة وبكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ما سنده كره ان شاء الله تعالى .

(الثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد او قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامها أو اسلام احدها فيما ذكرناه لان التغليب لحكم الاسلام ، وقال ابو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم اسلم لم يفسد العقد

المميز المكتبة أذن له في قبولها . إذا ثبت هذا فان كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كتب المكلف عبده المكلف أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم المكتبة الصحيحة ولا الفاسدة لانه لا حكم لقولها لكن ان قل ان أدبنا الي فأنما حران قاديا عتقا بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر وقال القاضي يعتقان وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان أدبت الي فانت حر

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبهه البيع الباطل

(فصل) اذا كاتب الذي عبده ثم أسلم صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصبح منه فاذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه وان كانت كتابته فاسدة مثل ان يكون العوض خمرًا أو خنزيرًا أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل

(أحدها) ان يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لان ما تم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام أو بعده

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يعتق لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ما سنده كره ان شاء الله تعالى

ويؤدي قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو أمهرها خمرًا ثم أسلمها بطل الخمر ولم يبطل النكاح ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسدًا فاذا أسلمها قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحًا وإن أسلم مكاتب الذي لم تنفسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ وإن اشترى مسلمًا فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل ولم يثبت له به ملك وإن أسلم عبده فكاتبه بعد اسلامه لم تصح كتابته لانه يلزمه إزالة ملكه عنه والكتابة لاتزيل الملك فان المكاتب عبد مابق عليه درهم ، وقال القاضي له كتابته لانه يخرج بها عن تصرف سيده فيه فان عجز عاد رقيقا فانا أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ .

(فصل) وان كاتب الحربي عبده صحت كتابته سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام ، وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك انه لا يملك بدليل أن للمسلم تملكه عليه ولنا قول الله تعالى (واورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم فاذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين اليها لم يتعرض الحاكم لهما وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لهما

(واثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بمضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامها أو اسلام أحدهما فيما ذكرناه من التغليب بحكم الاسلام وقال ابو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم أسلم لم يفسد العقد ويؤدي قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو مهرها خمرًا ثم أسلمها لم يفسد العقد ويبطل الخمر ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسدًا فاذا أسلمها قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحًا وإن أسلم مكاتب الذي لم تنفسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ فان اشترى مسلمًا فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل لم يثبت له به ملك وإن أسلم عبده فكاتبه بعد اسلامه لم تصح كتابته لان الكتابة لاتزيل الملك . وقال القاضي له ذلك وقد ذكرناه في كتاب البيع فان عجز عاد رقيقا فانا أجبر على إزالة ملكه عنه

(فصل) وتصح كتابة الحربي عبده في دار الحرب وفي دار الاسلام ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك انه لا يملك ذلك بدليل أن للمسلم تملكه عليه ولنا قوله تعالى (واورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم . إذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده فدخلا مستأمنين اليها لم يتعرض الحاكم لهما وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لهما فسادها

فسادها وان جاء وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته بخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت لان دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حرّاً على نفسه ملكه وإن دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعا وان أرادا السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه وانما له في ذمته حق ومن له في ذمة غيره حق لا يملك اجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان اردت الاقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق ثم هو مخير إن أحب أن يقيم في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وإن أحب الرجوع لم يمنع وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً وبرد الى سيده والامان له باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وإن كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل الينا بطلت الكتابة لان ما كانه زال عنه بقهره على نفسه فأشبهه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم ، وإن جاءنا باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل الينا بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة

وان جاء وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته بخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت لان دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حرّاً على نفسه ملكه وإن دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعا وان أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال سلطانه وانما له في ذمته حق ومن له دين في ذمة غيره لا يملك اجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان اردت الاقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق وهو مخير ان أحب المقام في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وان أحب الرجوع لم يمنع وان عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد الى سيده والامان باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وان كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل الينا بطلت الكتابة لان ملكه زال بقهره على نفسه فأشبهه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم وان جاء باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل الينا بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده

إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه وإن من عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها ، وإن استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق سيده فالكتابة بحالها وإن مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بإذائه اليهم وولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم ، وإن أراد المكاتب الاداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالاداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء وقال أبو بكر يكون الولاء للمسلمين ، وقال القاضي يكون موقوفاً فان عتق سيده فهو له وإن مات على رقه فهو للمسلمين وإن كان استرق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفاً فان عتق السيد كان الولاء له وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فيبطل الولاء لعدم مستحقته وينبغي أن يكون للمسلمين لان مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال برده وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبيناً أنها كانت صحيحة وإن قتل أو مات على رده بطلت وإن أدى في رده لم يحكم بعنته ويكون موقوفاً فان أسلم سيده تبيناً صحة الدفع اليه وعتقه ، وإن قتل أو مات على رده فهو باطل والعبد رقيق وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء ، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فاذا أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته

وقتل انتقلت الكتابة إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه وإن من عاين الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها وإن استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق السيد فالكتابة بحالها وإن مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بالاداء اليهم وولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم فان أراد المكاتب الاداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالاداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء قال أبو بكر يكون الولاء للمسلمين وقال القاضي يكون موقوفاً فان عتق سيده فهو له وإن مات رقيقاً فهو للمسلمين وإن كان استرق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفاً فان عتق السيد كان الولاء له وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء لعدم مستحقته وينبغي أن يكون للمسلمين لان مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال برده وعلى ظاهر المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبيناً أنها كانت صحيحة وإن مات على رده أو قبل بطلت وإن أدى في رده لم يحكم بعنته ويكون موقوفاً فان أسلم سيده تبيناً صحة الدفع اليه وعتقه وإن مات على رده

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فإن كان مرض الموت الخوف اعتبر من ثلثه لأنه يبيع ماله بما له فجري مجرى الهبة وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فإن خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وإن لم يخرج من الثلث لزمّت الكتابة في قدر الثلث وسائر موقوف على اجازة الورثة فإن أجازت جازت وإن ردها بطلت وهذا قول الشافعي ، وقال أبو الخطاب في ردّ وس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لأنه عقد معاوضة أشبه البيع

« مسألة » قال (وإذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فاديت الكتابة فقد صار العبد حراً وولاًؤه لمكاتبه)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان ظاهر هذا الكلام ان الكتابة لا تصح حالة ولا تجوز الا مؤجلة منجمة وهو ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقل مالك وأبو حنيفة تجوز حالة لأنه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالاً كالبيع

ولما انه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم انه عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطه التأجيل كالم على أبي حنيفة ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ

أو قتل فهو باطل والعبد رقيق وان كاتبه وهو مسلم وارث وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء وان دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا وان كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لأنه يصح بيعه فان أدى عتق وان أسلم فهو على كتابته

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فإن كان مرض الموت الخوف اعتبر من الثلث لأنه يبيع ماله بما له فجري مجرى الهبة ولذلك ثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فإن خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وان لم يخرج من الثلث لزمّت في قدر الثلث وباقيه موقوف على اجازة الورثة يصح باجازه ويبطل برده وهذا قول الشافعي وقال أبو الخطاب في ردّ وس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لأنه عقد معاوضة أشبه البيع والاول أولى

« مسألة » ولا يصح الا بالقول وينعقد بقوله كتبتك على كذا) لأنه لفظها الموضوع لها فانعقدت بمجرد كلفظ النكاح فيه

« مسألة » ولا يفتقر الى قوله وان أدت إلي فانت حر بل متى أدى عتق) وهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يعتق حتى يقول ذلك أو ينوي بالكتابة الحرية ويحتمل مثل ذلك عندنا لان لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لانه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبء لا يملك شيئاً وما في يده لسيده وفي التنجيم حكمتان (أحدهما) ترجع الى المكاتب وهي التخفيف عليه لان الاداء مفزقا أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم

(والاخرى) للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر المدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوماً فعجز عن النجم الاول فمدته يسيرة وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه . اذا ثبت هذا فأقله نجمان فصاعداً وهذا مذهب الشافعي ونقل عن احمد انه قال : من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب إلي وهذا يحتمل أن يكون معناه اني أذهب الى انه لا يجوز الانجمان ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد

قال ابن ابي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لأنه عقد يشترط فيه "تأجيل فجاز ان يكون الى أجل واحد كالسلم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد

ولنا ان الحرية موجب عقد الكتابة فثبتت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج الى لفظ العتق ولا نيته كالتيدير وما ذكره من استعمال الكتابة في الخارجة إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كاللفظ التديير فانه يحتمل التديير في معاشه وغيره وهو صريح في الحرية كذلك هذا .

﴿مسئلة﴾ ولا يصح الا على عوض معلوم منجم بنجمين فصاعداً

لا تصح الا على عوض معلوم لانها عقد معاوضة أشبهت البيع ولا يجوز الا منجمة مؤجلة هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة تجوز حالة لانه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز ان يكون حالاً كالبيع

ولنا أنه قد روي عن جماعة من الصحابة أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفقوا على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطها التأجيل كالسلم على أبي حنيفة ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لانه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبء لا يملك شيئاً

ووجه الاول ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال الكتابة على نجمين والاياء من اثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ما يجوز عليه الكتابة لان أكثر من نجمين يجوز بالاجماع وروي عن عثمان رضي الله عنه انه غضب على عبد له فقال لا أعاقبك ولا كاتبك على نجمين ولو كان يجوز أقل من هذا لعاقبه به في الظاهر

وفي حديث بريرة انها أتت عائشة رضي الله عنها فقالت يأم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينني ، ولان الكتابة مشتقة من الضم وهو ضم نجم الى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول أقيس ولا بد أن تكون النجوم معلومة ويعلم في كل نجم قدر ما يؤديه ولا يشترط تساوي النجوم ولا قدر المؤدى في كل نجم فاذا قال كاتبك على ألف الى عشرين سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة او قال تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل هذا جائز وان قل تؤدي في كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة وظاهر قول اقاوي وأصحاب الشافعي انه لا يصح لانه لم يبين وقت الاداء من العام

ولنا ان بريرة قالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل اذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقوله الى شهر رمضان وإن كان بحرف في كان

وما في يده لسيده وفي التنجيم إذا كان أكثر من نجم حكمان احداها ترجع الى المكاتب وهو التخفيف عليه لان الاداء مفرقا أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفا عليهم والآخرى للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالبا فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر المدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على سيده من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوما فعجز عن النجم الاول فمدته يسيرة وان عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذ من النجوم قبل عجزه إذا ثبت ذلك فأقله نيجان فصاعدا ، وهذا مذهب الشافعي ونقل عن احمد أنه قال من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نيجان ونيجان أحب الي وهذا يحتمل ان يكون معناه اني أذهب الى أنه لا يجوز الا نيجان ويحتمل ان يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد ، قال ابن أبي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لانه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز ان يكون الى اجل واحد كالم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد ، ووجه الاول ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال الكتابة على نجمين والاياء من اثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ما يجوز عليه الكتابة لان أكثر من نجمين جائز بالاجماع ، وروي عن عثمان أنه غضب على عبد له فقال لا أعاقبك ولا كاتبك على نجمين ولو جاز أقل من هذه لعاقبه به في الظاهر ، وفي حديث بريرة انها أتت عائشة فقالت يأم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع

إلى آخرها لانه جعل جميعها وقتاً لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤدياً لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها فان قال يؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يحز لانه نجم واحد . ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجاز ان قال يؤدي بعضها في نصف المدة وبقائها في آخرها لم يحز لان البعض مجهول يقع على القليل والكثير

(الفصل الثاني) انه اذا كاتبه على أنجم مدة معلومة صحت الكتابة وعقق بإدائها سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو وسواء قال اذا أدبت الي فأنت حر أو لم يقل وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يعتق حتى يقول اذا أدبت الي فأنت حر وينوي بالكتابة الحرية ويحتمل في مذهبه مثل ذلك لان لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ، ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

ولما ان الحرية موجب عقد الكتابة فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج الى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير وما ذكره من استعمال الكتابة في المخارجة ان ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الالفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير في معاشه أو غير ذلك وهو صريح في الحرية فهنا أولى

(الفصل الثالث) انه لا يعتق قبل اداء جميع الكتابة ، قال احمد في عبيد بين رجلين كاتباه على

أواق في كل عام أوقية فأعينني ولان الكتابه مشتقة من الضم وهو ضم نجم الى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول أقيس

﴿ مسألة ﴾ (ويشترط علم ما يؤدي اليه في كل نجم كالنجم في البيع ولئلا يفضي الى النزاع والاختلاف)

ولا يشترط تساوي النجوم فاذا قل كاتبتك على الف الى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائه أو قل تؤدي منها مائه عند انقضاء خمس سنين وبقائها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل ذلك جائز فان قال تؤدي في كل عام مائه جاز ويكون أجل كل مائه عند انقضاء السنة ، وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي انه لا يصح لانه لا يبين وقت الاداء من العام

ولنا قول بريرة كاتبت اهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل إذا علق بمدة تعاق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقوله الى شهر رمضان وان كان بحرف في كان الى آخرها لانه جعل جميعها وقتاً لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤدياً لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها وان قال تؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يحز لانه نجم واحد ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجاز ان قال يؤدي بعضها في نصف المدة وبقائها في آخرها

أنف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه؟ قال لا يعتق الا نصف المائة
وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال اقسام وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري
وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أم سلمة
وروي سعيد باسناده عن أبي قلابة قال كن أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي
عليه دينار وباسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاما على الف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجز
عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق، وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب أنه إذا أدى ثلاثة أرباع
الكتابة وعجز عن دفعها عتق لأنه يجب رده اليه فلا يرد الى الرق بعجزه عنه لأنه عجز عن أداء
حق هوله لاحق للسيد فلا معنى لتعجزه في ما يجب رده اليه وقال علي رضي الله عنه يعتق منه بقدر
ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب
ما عتق منه ويؤدي المكاتب بمحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد» رواه الترمذي وقال حديث
حسن وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروي ذلك عن النخعي
وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه إذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقضى به شريح وقال الحسن
في المكاتب اذا عجز استسمى بعد العجز سنتين

لم يحز لان البعض يقع على القليل والكثير فيكون مجهولاً
(فصل) ويجوز الكتابة على مال يجوز السلم فيه لانه مال يثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة
فجاز ذلك فيه كعقد السلم فان كان من الائتمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لانه ينصرف
اليه فاشبه البيع وان كان فيه نقود بعضهم الغلب في الاستعمال جاز للإطلاق ايضاً وانصرف اليه عند
الإطلاق كما لو انفرد وان كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانها بما يتميز به من غيره من النقود
وان كان من غير الائتمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم فأما مالا يصح السلم فيه فلا يجوز أن يكون
عوضاً في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يحز بعوض مجهول كالسلم، وقال القاضي
يصح على عبد مطلق وله الوسط إذا كاتبه على عبد مطلق لم يصح، ذكره ابو بكر وهو قول الشافعي
يجوز في أحد الوجهين، وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق لا يلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان
المطلق عوضاً فيه كالعقل.

ولنا أن المالا يجوز أن يكون عوضاً في البيع والاجارة لا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة كالشوب
المطلق ويفارق العقل لانه بدل متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد أشبه البيع ولان الحيوان
الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بمجنسه وسنه فلم يصح الإلحاق به ولان الحيوان
المطلق لا يجوز الكتابة عليه بغير خلاف علمناه وإنما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد الشرع به بدلاً

ولنا ما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « إنما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل ادائه كالتقديرات عليه ولا نهأعتنى بعضه لسرى إلى باقيه كالأبشرة بالعق فان العتق لا يتبع في الملك فاما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخاف ابنين ففر أحدهما بكتابتته وأنكر الآخر فأدى إلى المقر أو ما شبهها من الصور جمعاً بين الأخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ولأن قول النبي ﷺ « إذا كان لاحدا كن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع ما يؤدي ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع وإن جاز رد بعضه إليه كما لو قال إذا أديت إلي الفأنت حر والله على رد ربهما إليك فإنه لا يعتق قبل أداء جميعها وإن وجب عليه رد بعضها (فصل) وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه لأنه مال يثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة تجاز ذلك فيه كعقد السلم فإن كان من الأمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لأنه ينصرف بالإطلاق إليه فجاز ذاك فيه كالبيع وإن كان فيه نقود أحدها أغلب في الاستعمال جاز الإطلاق أيضاً وإنصرف إليه عند الإطلاق كما لو انفرد وإن كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيبانه بجنسه وما يتميز به من غيره من النقود وإن كان من غير الأمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم ومالا يصح في السلم

في موضع علمناه . إذا ثبت هذا فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً وهو السندي ويكون وسطاً من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمنا ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمامته ولا غير ذلك من المجهولات ومن اختار الكتابة على العبد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهرى وابن سيرين ، وروي عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما .

﴿مسألة﴾ (وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت).

تجوز الكتابة على المنافع المباحة لأنها أحد العوضين في الاجارة فجاز أن تكون عوضاً في الكتابة كالأمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج إلى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لأن الاجارة تقتضيه فإن عين الشهر بوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكتبه في الحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب في الحرم ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون إطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق الكلام فيه والخلاف في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلاً لأن الاجل شرط في عقد الكتابة فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعمه وإن جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال

فيه لا يجوز ان يكون عوضا في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجز بموض مجهول كالسلم فان كاتبه على عبد مطلق لم يصح ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لا يجوز والآخر يجوز وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق معنى لا يلحقه الفسخ فجاز ان يكون الحيوان المطلق عوضا فيه كالمقل

ولنا ان ما لا يجوز ان يكون عوضا في البيع والاجارة لا يجوز ان يكون عوضا في الكتابة كالثوب المطلق ويفارق العقل لانه بدل عن متلف مقدر في الشرع وهما عوض في عقد فاشبه البيع ولان الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الا لحاق به ولان الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه وانما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا في موضع علمناه . اذا ثبت هذا فان من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً وهو السندي ويكون وسطاً من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمامه ولا غير ذلك من المجهولات وان وصف ذاك باوصاف المسلم صح ومن اجاز الكتابة على العبيد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهري وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما

القاضي لا يصح لانه يكون نجماً واحداً وهذا لا يصح لان الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وانما يوجد جزء منها يسير متاربا له وسائرهما فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه ويكون محلها غير محل الدينار وانما جازت له حالة لان المنع من الحلول في غيرها لاجل المعجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم يجز في أوله ، لانه يكول حالا ومن شرطه التأجيل .

(فصل) إذا كاتب السيد عبده على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل ان يكتبه على خدمة شهر بعينه أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ماضى من القول فيه ويحتمل أن يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفي في أوقات مفرقة بخلاف المال وان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمته فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثوب عينه أو بناء حائط وصفه صح أيضا إذا كانت على نجمين وإن قال كاتبك على أن تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضاً وعند الشافعي لا يصح .

(فصل) وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة لأنها أحد العوضين في الاجارة فجاز ان تكون عوضاً في الكتابة كالإئمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فان كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج الى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لان اطلاقه يقتضي ذلك وان عين الشهر لوقت لا يتصل بالعقد مثل ان يكتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً كما يجوز ان يؤجره داره شهر رجب في المحرم وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون اطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق ذكر الخلاف فيه في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلاً لان الاجل شرط في عقد الكتابة فان جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعمه وان جعل محله في الشهر أو بعد انتقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لا يصح لانه يكون نجماً واحداً وهذا لا يصح لان الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وانما يوجد جزء منها يسير مقارباً له وسائرهما فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد فيكون محلها غير محل الدينار وانما جازت حالة لان المنع من الحلول في غيرها لاجل العجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة و كانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلاً والخدمة بعده جاز وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم تجز في أوله لانه يكون حالاً ومن شرطه التأجيل

ولنا انه كاتبه على نجمين فصح كالتى قبلها .

(فصل) وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده الا ان يشترطه المكاتب فان كان له سرية أو ولد فهو لسيده ، وبه قال الثوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمر بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمر بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال من أعتق عبداً وله مال فالمل للعبد .

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ولانه هو وماله كانا لسيده فاذا وقع العقد على احدهما بقي الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .

﴿مسألة﴾ (وإذا أدى ما كوتب عليه أو أبرء منه عتق لانه لم يبق لسيده عليه شيء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة) .

هذا ظاهر كلام الحرقى ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال

(المغني والشرح الكبير) (٤٥) (الجزء الثاني عشر)

(فصل) وان كاتبه على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل ان كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه ويحتمل ان يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفي في أوقات متفرقة بخلاف المال فان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمة فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثياب عينا او بناء حائط وصفه صح أيضاً اذا كاتبه على نجمين وان قال كاتبك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح في قول الجميع وان قال على ان تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضاً وعند الشافعي لا يصح ولنا أنه كاتبه على نجمين فصح كالتالي قبلها

(فصل) واذا كاتب العبد وله مال فما له لسيده الا ان يشترطه المكاتب وان كانت له سرية أو ولد فهو لسيده وبهذا قال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمر بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ما لده ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمر بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فما له للبائع الا ان يشترطه المبتاع » متفق عليه

« المكاتب عبد مابقي عليه درهم » رواه ابو داود دل بمنطوقه على انه لا يعتق حتى يؤدي جميع كتابته وبمفهومه على انه اذا أدى كتابته لا يبقى عبداً قل أحمد في عبد رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه قال يعتق الانصف المائة وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال القاسم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن ام سلمة وروى سعيد باسناده عن ابي قلابة قال كنا أزواج النبي ﷺ لا يحتجب من مكاتب ما بقي عليه درهم وباسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق .

﴿مسئلة﴾ (وما فضل في يده فهو له) .

لانه كان له قبل العتق فبقي على ما كان وعنه انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً لما روت ام سلمة ان النبي ﷺ قال « اذا تمان لاحدا كن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » ، رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح فامرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولانه مالك لمال السكتابة اشبه مالو أداء فعلى هذا متى امتنع من الاداء أجبره الحاكم عليه كسائر الديون الحالية على

والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولدته واقاربه ولانه هو وماله كانا لسيده فاذا وقع العقد على أحدهما بقي الآخر على ما كان عليه كالموابعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه

(مسئلة) قال (وولاؤ لمكاتبه)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في ان ولاء المكاتب لسيده اذا ادى اليه وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الكتابة انعام وإعتاق له لان كسبه كان لسيده بحكم ملكه اياه فرضي به عوضا عنه واعتق رقبته عوضا عن منفعتة المستحقة له بحكم الاصل فكان معتقا له منعاً عليه فاستحق ولاءه لقوله صلوات الله عليه «الولاء لمن اعتق» وفي حديث بريرة انها قالت كاتبته أهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فقالت عائشة ان شاء اهلك ان أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فرجعت بريرة الى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا الا ان يكون الولاء لهم وهذا يدل على ان ثبوت الولاء على المكاتب لسيده كان متقدراً عندهم والله أعلم

(مسئلة) قال (ويمطى مما كوتب عليه الربع لقول الله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

الكلام في الايتاء في خمسة فصول : وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه . أما الاول فانه يجب على السيد ايتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه

القادر عليها فان هلك ما في يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته وقد صار حراً والصحيح انه لا يعتق حتى يؤدي وهذا قول أكثر أهل العلم لما ذكرنا من حديث عمرو بن شعيب وروي سعيد باسناده عن النبي صلوات الله عليه قال «ايما عبد كانت عليه مائة أوقية فأدأها إلا عشرة اواق فهو عبد» وفي رواية «من كاتب عبده على مائة أوقية فأدأها إلا عشرة اواق» وقال «الاعشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق» رواه الترمذي وقال هذا حديث غريب ولانه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل ادائه كما لو قال اذا اديت إلي ألفا فأنت حر فعلى هذه الرواية اذا ادى عتق وان لم يؤدي لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام عنه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ويحتمل انه اذا لم يؤدي عجزه السيد ان احب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء . ووجه ذلك ان العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجزئية . ووجه الاول انه قد ثبت للعبد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك ابطالها كما لو ادى فان تلف المال قبل ادائه جاز تعجيله واسترقاقه وجهاً واحداً . (فصل) اذا أبرأ السيد من مال الكتابة برى وعتق لان ذمته خلت من مال الكتابة فاشبهه مالوا أدأه وان أبرأه من بعضه برى منه وهو على الكتابة فيما بقي لان الابراء كالاداء فان كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم أو بالعكس لم يصح البراءة لانه أبرأه مما لا يجب عليه الا ان يريد بقدر ذلك مالي عليك فان اختلفا فقال المكاتب انما

وبه قال الشافعي وإسحاق وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة ليس بواجب
لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإيتاء كسائر عقود المعاوضات

ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قال علي رضي
الله عنه في تفسيرها ضعوا عنهم ربع مال الكتابة ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال ضعوا عنهم
من مكاتبهم شيئاً وتخالف الكتابة سائر العقود فإن القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ولأن
الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً فإن
قيل المراد بالإيتاء إعطاؤه سهاً من الصدقة أو الندب إلى انتصدق عليه وليس ذلك بواجب بدليل
أن العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي إسقاط شيء منه ؟ قلنا أما الأول فإن علياً وابن عباس
رضي الله عنهما فسراه بما ذكرناه وما أعلم بتأويل القرآن وحمل الأمر على الندب يخالف مقتضى
الأمر فلا يصار إليه إلا بدليل وقولهم إن العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا إنما يجب للرفق به
عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعم التي أنعم الله تعالى
بها على عبده ولأن العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقضى الحال مواساته منه كما أمر النبي ﷺ
باطعامه من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لأن فيه معونة على العتق وإعانة
لمن يحق على الله تعالى عونه فإن أبا هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة حق على

أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت أن لي عليك النقصد الذي أبرأتك منه فلم تقع البراءة
موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لأنه اعترف بنيه فان مات السيد واختلف المكاتب والورثة
فالقول قولهم مع أيمانهم ويحلفون على نفي العلم وإن مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول
قول السيد لما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (فلو مات قبل الاداء كان مافي يده لسيدته في الصحيح عنه وعلى الرواية الاخرى
لسيده ببقية كتابته والباقي لورثته)

هذه المسئلة تشبه أن تكون مبنية على المسئلة التي قبلها ان قلنا انه لا يعتق بملك ما يؤدي فقد
مات رقيقاً وانفسخت كتابته بموته وكان مافي يده لسيدته وان قلنا انه عتق بملك ما يؤدي فقد
مات حراً وعليه لسيدته ببقية كتابته لأنه دين له عليه والباقي لورثته قال القاضي الاصح ان الكتابة
تنفسخ بموته ويموت عبداً ومافي يده لسيدته رواه الاثرم باسناده عن عمر وزيد والزهرى وبه قال
ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قلبها ولأنه مات قبل اداء مال الكتابة
فوجب ان تنفسخ كالمولم يكن له مال وكما لو علق عتقه بأداء ألف فمات قبل أدائها وعنه انه يعتق
ويموت حراً فيكون لسيدته ببقية كتابته والباقي لورثته روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه
قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب

الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والتماكح الذي يريد العفاف » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الخرقى وابو بكر وغيرهما من أصحابنا، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزى ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك الا انه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذي آتاكم) (من التبعية والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضموا عنهم من مكاتبهم شيئاً ولانه قد ثبت ان المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وروي عن ابن عمر انه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفاً فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

ولنا ما روى ابو بكر بإسناده عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ في قوله (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) فقال «ربع الكتابة» وروي موقوفاً على علي ولانه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ولان حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعائته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وان ورد غير مقدر فان السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة

الرأي الا ان ابا حنيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ما تقدم في التي قبلها لانها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ولان العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاول اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والمكاتب هو المعقود عليه والعقد متعلق بعينه فإذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجودها بعد موته، فأما ان مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في المذهب ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً وما في يده لسيده وهو قول أهل الفتاوى من أئمة الامصار لان يموت بعد أداء ثلاثة ارباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن وافقهما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم وسند ذكر ذلك ان شاء الله تعالى وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وان كان مملوكا في كتابته اجبر على دفع المال إن كان له مال وان لم يكن له اجبر على الاكتساب والاداء

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان التصدق من الكتابة العتق والموت ينافيه ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا ان أدى اليه المال عتق لان السيد إذا قبض منه فقد استتر في حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن

(الفصل الثالث) في جنسه ان قبض مال الكتابة ثم اعطاه منه جاز لان الله تعالى أمر بالاياء منه وان وضع عنه مما وجب عليه جاز لان الصحابة رضي الله عنهم ففسروا الاياء بذلك ولانه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الاياء وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه وان أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله وهو ظاهر كلام الشافعي لان الله تعالى أمر بالاياء منه

وانما انه لا فرق في المعنى بين الاياء منه وبين الاياء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الاجزاء وغير المنصوص إذا كان في معناه الحق به وكذلك جاز الحط وليس هو بايتاء ما كان في معناه وان أتاه من غير جنسه مثل أن يكتبه على دراهم فيعطيه دنانير او عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤثر منه ولا من جنسه ويحتمل الجواز لان الرقيق به يحصل به

(الفصل الرابع) في وقت جوازها وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج اليه من حين العقد وكذا عجله كان أفضل لانه يكون أنفع كالكافة (الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لان الله تعالى أمر بايتائه من المال الذي أتاه وإذا آتى المال عتق فيجب ايتاؤه حينئذ . قال علي رضي الله عنه الكتابة على نجمين والاياء من الثاني فان مات السيد قبل ايتائه فهو دين في تركته لانه حق واجب فهو كسائر ديونه وان ضاقت

ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وان لم يؤد اليه كان للسيد ان يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فان وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وان لم يجد له مالا جعل له أن يهجره ويلزمه الاتفاق عليه لانه عاد قضا ثم ان وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل قسح السيد لان الباطل بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما اذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما انفق من حين النسخ لانه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن وان أفق وأقام البينة أنه كان قد دفع اليه مال الكتابة بطل أيضاً ولا يرد عليه ما انفق لانه انفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعاً بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف الحاكم السيد انه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لانه يحتمل أنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كونه في انفساخ الكتابة على ما اسلفنا من الخلاف سواء كان القتال السيد او الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لان المكاتب عبد مابق عليه درهم للحديث فان كان القتال سيده ولم يخاف وفاء انفسخ الكتابة وعاد ما في يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لانه لو وجب لوجب له فان قيل فالقتال لا يستحق بالقتل شيئاً من تركه المقتول قلنا ههنا لا يرجع اليه ملك المكاتب ميراثاً بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القتال الميراث خاصة الا ترى أن

التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم ذلك على الوصايا لانه دين وقد قضى النبي ﷺ ان الدين قبل الوصية والله الموفق

(مسئلة) قال (وان عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الاخذ وعنف من وقته في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الأخرى اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) فيما اذا عجل المكاتب الكتابة قبل محلها فالمنصوص عن أحمد انه يلزم قبولها ويعتق المكاتب وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزم قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله والصحيح في المذهب الأول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق أحمد والخرق في هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخف ذهابه فان اختلف أحد هذه الأمور لم يلزم قبضه مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فانه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده، وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحلول وان كان

من له دين مؤجل اذا قتل من عليه الحق حل الدين في رواية وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض اطرافه في حياته وان كان الوفاء ينحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجب كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرفها الى ورثته بينهم على فراغ الله الى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثاً او لا يخلف وارثاً وذكر القاضي انه إذا لم يخلف وارثاً سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال ولنا أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وان كان اقاتل أجنبياً وجبت القيمة للسيد الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة تجب لورثته

(مسئلة) (واذا عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الاخذ وعنف)

هذا المنصوص عن أحمد ويحتمل ان لا يلزمه ذلك اذا كان في قبضه ضرر، وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزمه قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق والصحيح في المذهب الأول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق أحمد والخرق في هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله

مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى موته فيتضرر بها ولو كان غير هذا الا ان البلد مخوف يخف منه لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف أو موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله

قال القاضي والمذهب عندي ان في قبضه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه في السلم، ولأنه لا يلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه، وأما مالا ضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه، وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الخرق لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلاً أتى عمر رضي الله عنه فقال يا أمير المؤمنين اني كاتب على كذا وكذا واني أسرت بالمال فأتيته به فزعم انه لا يأخذها الا نجوما فقال عمر رضي الله عنه يا يرفاً خذ هذا المال فاجله في بيت المال وأد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال وعن عثمان بنحو هذا.

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً قال حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسقط كسائر الخلق فان قيل اذا عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق فكذلك اذا قال اذا

كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه فان اختل أحد هذه الامور لم يلزمه قبضه مثل ان يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلذه كالحيوان فانه ربما تلف قبل الحيا، ففاته مقصوده، وان كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينتقص الى حين الحلول وإن كان مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى مؤنة فيتضرر بها ولو كان غير هذا إلا ان البلد مخوف لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف أو في موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب

قال القاضي والمذهب عندي أن فيه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه في السلم ولأنه لا يلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه وأما مالا ضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الخرق لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلاً أتى عمر فقال يا أمير المؤمنين اني كاتب على كذا وكذا واني أسرت بالمال وأتيته به فزعم انه لا يأخذها الا نجوماً فقال عمر رضي الله عنه يا يرفاً خذ هذا المال فاجله في بيت المال وأد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال، وعن عثمان رضي الله عنه نحو هذا

أدبت الي ألفاً في رمضان فأداه في شعبان لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبرأ فيها بإداء العوض فافترقا وكذلك لو أبرأه من العوض في المكاتبه عتق ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق والاولى ان شاء الله ما قاله القاضي في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر رضي الله عنه لادلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ولان أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد آخر فدفع اليه نجوم الكتابة او بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد رحمه الله محمول على ما اذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقى وابي بكر

(فصل) اذا أحضر المكاتب مال الكتابة او بعضه ليس له السيد هذا حرام او غصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فان أقر به لم يلزم السيد قبوله لانه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وان أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لان له حقاً في أن لا يقتضي دينه من حرام ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به وان لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فان نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً ، وان حلف قيل للسيد اما أن تقبضه واما أن تبرئه ليعتق فان قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فان ادعى انه حرام مطلقاً لم يمنع منه لانه لا يقرب به لاحد وانما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى ، وان ادعى انه غصبه من فلان لزمه دفعه اليه إن ادعاه لان قوله ، وان لم يقبل في حق المكاتب فانه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فان انتقل اليه بسبب من الاسباب لزمته حريته وان أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه لانه لم يبق له عليه حق وان لم يبرئه ولم يقبضه كان له

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً ، وثنا هشيم عن ابن عون عن محمد بن سيرين ان عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فان قيل اذا عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبدأ فيها بإداء العوض ذفترقا ولذلك لو أبرأه من العوض في الكتابة عتق ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق قال شيخنا والاولى ما قاله القاضي في ان ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر لادلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ولان أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد آخر فدفع اليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد محمول على ما اذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقى وأبي بكر

دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما روينا عن عمرو وعثمان في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنائير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض، وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض، وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره، وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لأنه زاده خيراً وإن كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لأن عليه فيه ضرراً

(الفصل الثاني) إذا ملك ما يؤدي قال الصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدي ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضي الله عنهم فأنهم قالوا المكاتب عبد مابقي عليه درهم وهو قول أكثر أهل العلم وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنه إذا ملك ما يؤدي عتق لما روى سعيد قال حدثنا سفيان عن الزهري عن نيهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال «إذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه» ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولأنه مالك لوفاء. ول الكتابة أشبه مالو أداه فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء فمتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه، وإن هلك مافي يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته

(فصل) إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه فقال السيد هذا حرام أو غصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وإن أنكر وكانت للسيد بيعة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بيئته لأن له حقاً في أن لا يقتضي دينه من حرام ولا يأن أن يرجع صاحبه عليه به وإن لم تكن له بيعة فالقول قول العبد مع يمينه فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً وإن حلف قيل للسيد أما أن تقبضه وأما أن تبرئه ليعتق فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فإن ادعى أنه حرام مطلقاً لم يمنع منه لأنه لم يقربه لاحد وإنما تحريره فيما بينه وبين الله تعالى وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه لأن قوله وإن لم يقبل في حق المكاتب فإنه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حريته فإن أبراه من مال الكتابة لم يلزمه قبضه لأنه لم يبق له عليه حق وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما روينا عن عمرو وعثمان رضي الله عنهما في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنائير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض وإن كانت على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره وإن كانت على نقد فأعطاه من جنسه خيراً منه وكان

وقد صار حراً ووجه الرواية الأولى ماروي عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم - وقوله - أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد . وفي رواية من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق « أو قال » الا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب ولأنه عتق علق بموض فلم يعتق قبل أدائه كما لو قال اذا أدت الي الغافات حر فعلى هذه الرواية ان أدى عتق وان لم يؤد لم يعتق فإن امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام منه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول أبي حنيفة ، ويحتمل كلام الخري أن اذا لم يؤد عجزه السيد ان أحب فانه قال اذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء ووجهه ان العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجائزة ووجه الاول انه يثبت للعقد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك ابطالها كما لو أدى فان تلف المال قبل أدائه جاز بعجزه واسترقاقه وجهاً واحداً

﴿مسألة﴾ قال (واذا أدى بعض كتابته ومات وفي يده وفاء وفضل فهو لسيدته في احدى الروايتين والاخرى لسيدته بتمية كتابته والباقي لورثته)

ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لانه زاده خيراً وان كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لان عليه فيه ضرراً

﴿مسألة﴾ ولا بأس ان يجعل المكاتب لسيدته ويضع عنه بعض كتابته مثل ان يكاتبه على الف في نجمين الى سنة ثم قال جعل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي أو حتى ابرئك من الباقي أو قال صالحني منه على خمسمائة مجلة جاز ذلك . وبه يقول طاوس والزهري والنخعي وأبو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي ، وقال الشافعي لا يجوز لان هذا بيع الف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو أن يزيد في الدين لا جل الأجل وهذا أيضا هبة لان هذا لا يجوز بين الاجانب والراي يجري بين المكاتب وسيدته فلم يحز هذا بينهما كالا جانب .

ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل أنه لا يجبر على ادائه وله ان يمتنع من أدائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً على المكاتب فاذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق واخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض

يحتمل ان هذه المسئلة مبنية على ما قبلها فاذا قلنا انه لا يعتق بملك ما يؤدي فقدمت رقيقاً فانفسخت الكتابة بموته وكان ما في يده لسيده ، وان قلنا انه عتق بملك ما يؤدي فقد مات حراً وعليه لسيده بنية كتابته لانه دين له عليه والباقي لورثته

قال القاضي الاصح انه تنفسخ الكتابة بموته وبموت عبدا وما في يده لسيده رواه الاثرم باسناده عن عمر وزيد والزهرى وبه قال ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولانه مات قبل اداء مال الكتابة فوجب ان تنفسخ كما لو لم يكن له مال ولانه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت كما لو قال اذا أدبت الي ألفاً فأنت حر

(والرواية الثانية) يعتق ويموت حراً ولسيده بقية كتابته وما فضل لورثته . روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك واسحاق وأصحاب الرأي الا ان ابا حنيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ما قدمنا في التي قبلها ولانها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كما يعم ولان العبد احد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاولى اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير مقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والكتاب هو العقود عليه والعقد يتعلق بعينه فاذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حرته ويتمذر وجوده بعد موته

ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط بعض ما اوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن وأما قولهم ان الربا يجري بينهما فيمنعه ما ذكره ابن أبي موسى وان سلمنا فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهو يخالف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين ورا الجاهلية زيادة في الدين تفضي الى نفاد مال المدين وتحمله ما يعجز عن وفائه من الدين فيحبس من اجله وهذا يفضي الى تعجيل عتق للكتاب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فاقتربا

(فصل) فان اتفقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكتبه على ألف في نجمين الى سنة يؤدي خمسمائة في نصفها والباقي في آخرها فيجعلانها إلى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل ان يحل عليه نجم فيقول أخرني الى كذا وأزيدك كذا فلا يجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر اجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين لازيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما أن الاجل لا يتأخر فكذلك لا يتعجل ولا يصير المؤجل حالاً فلم جاز في المسئلة الاولى قلنا إنما جاز في المسئلة الاولى بالتعجيل فعلاً فانه اذا دفع اليه الدين

(فصل) وإذا مات ولم يحلف وفاء فلا خلاف في الذم ان الكتابة تنفسخ بموته وبموت عبداً وما في يده لسيده وهو قول أهل الفتوى من أئمة الامصار إلا أن بموت بعد اداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن وافقهما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وإن كان له مملوك في كتابته أجبر على دفع المال كله إن كان له مال وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والاداء وقد روي عن علي رضي الله عنه انه يعتقد منه بقدر ما أدى ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي ﷺ قال « اذا أصاب الم كاتب حداً او ميراثاً ورث بقدر ما أدى ويؤدي الم كاتب بحصة ما أدى ، وعن عمر وعلي والنخعي اذا أدى الشطر فلا رق عليه وقال ابن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقد ذكرنا الجواب عن هذه الاقوال كلها في تقدم بما أغنى عن اعادته ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان القصد من الكتابة العتق والموت

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة انك متى اديت الي كذا فأنت حر فاذا أدى اليه ذلك فينبغي أن يعتقد فان قيل فاذا غير الاجل والعرض فكأنهما فسخا الكتابة الاولى وجعلنا كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا بغير العوض والاجل على وجه لا يصح فبطل التغيير وبقي العقد بحاله ويحتمل ان يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع احدهما قبل التمجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المتأخر لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم وانما له أن يؤديه قبل محله ولئن له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعده ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) وان صالح الم كاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل ان يصالح عن النقود بخنطة أو شعير جاز الا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين وان صالحه عن الدراهم بدنانير أو عن الخنطة بشعير لم يجر التفريق قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المحاس ، وقول القاضي يحتمل ان لا تصح هذه المصالحة مطلقا لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم ، وقال ابن أبي موسى لا يجري الربا بين الم كاتب وسيده فلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما تجوز بين العبد والرقن وسيده والاولى ما ذكرنا ويفارق دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة ففارقته لدين السلم أعظم

بذانيه ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا إن أدى اليه المال عتق لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فإن وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وإن لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الانفاق عليه لأنه عاد قنأ ثم ان وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا اخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما أنفق من حين الفسخ لأنه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن ، وإن أذق فأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة بطل أيضاً فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفق لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعاً بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف السيد الحاكم أنه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لأنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كوته في انفساخ الكتابة على ما أسلفناه من الخلاف سواء كان القاتل السيد أو الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لأن المكاتب عبد مابقي عليه درهم فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد مافي يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لأنه لو وجب لوجب

﴿مسئلة﴾ وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيباً فله أرشه أوقيته ولا يرتفع العتق وجملة ذلك أن المكاتب إذا دفع العوض في الكتابة فإن مستحقاً تبين أنه لم يعتق وكان وجود هذا الدفع كدمه لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له أن أدت الآن والا فسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً فإن بان معيباً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فإن رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فإن قيل يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد فإن ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبهه ما لو كاتبه على عشرة فأعماه تسعة قلنا امساكه العيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجري ابرائه من بقية كتابته وإن اختار امساكه واخذ أرش العيب أو رده فله ذلك . قل أبو بكر وقياس قول إمامنا أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لأن العتق اتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعتق الخلع ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبهه الخلع .

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لأن العتق إنما يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق ، وهذا مذهب الشافعي لأن الكتابة عقد معاوضة يباحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع وإن اختار امساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع لأننا تبيننا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ظن وقوع

له فان قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركه المقتول قلنا همنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثاً بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى ان من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دينه وفي رواية وأم الولد اذا قتلت سيدها عتقت وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ بموته فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته فان كان الوفاء يحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرفها الى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثاً أولاً بخلف وارثاً وذكروا القاضي أنه إذا لم يخلف وارثاً سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال ولنا ان من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولاحق لسيدته فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وان كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة لسيدته الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة فانها تجب لورثته والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا مات السيد كان العبد على كتابته وما ادى فبين ورثة سيد مقسوماً كالميراث)

وجملة ذلك ان الكتابة لا تنفسخ بموت السيد لانعلم فيه بين أهل العلم خلافاً وذلك لانه عقد

العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقاً وان تلفت العين عند السيد أو حدث بها عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرنا فيما مضى ولو قال السيد لعبده ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيتني ملكاً ولم يعظه إياه ملكاً ولم يملكه إياه .

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر أو قال هذا حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالإداء فلو ادعى المكاتب أن السيد قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فاقول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

(فصل) قال رضي الله عنه ويملك المكاتب اكتسابه ومنافعه والشراء والبيع والاجارة والاستئجار والسفر وأخذ الصدقة والانفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال يملك المكاتب اكتسابه ومنافعه والشراء والبيع باجماع أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحل الإبداء عوضه ولا يمكنه الاداء إلا بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء في بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق في التجارة ويملك الاجارة والاستئجار قياساً على البيع والشراء ويملك السفر قريباً كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعي والحسن بن صالح وأبي حنيفة وقوله

لازم من جهة لا سبيل الى فسخه فلم يفسخ بموته كإببيع والجاراة اذا ثبت هذا فان المكاتب يؤدي نجومه أو ما بقي منها الى ورثته لانه دين لموروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر موارثهم كسائر ديونه فان كان له أولاد ذكور واثاث فلذلك مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فان كان بعضهم غائباً وكان له وكيل دفع نصيبه الى وكيله وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه الى الحاكم وعنتق وان كان مولياً عليه دفع نصيبه الى وليه إما ابنه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فان كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليهما معاً وان كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية الى غيره ليقبض له لان الرشيد ولي نفسه وان كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد وان اذن بعضهم له في الاداء الى الآخر وكان الذي اذن له في ذلك رشيداً فأدى الى الآخر جميع حقه عتق نصيبه فان كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه وان كان موسراً عتق عليه كله وقوم عليه باقيه كما لو كان بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الخرقى وهو أحد قولي الشافعي وقل اقامني لا يسري عتقه وان كان موسراً وهو (اقول الثاني) للشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق الا بآداء جميع مال الكتابة لانه أدى بض مال الكتابة فاشبهه بالوادع إلى السيد وان أبرأه من مال الكتابة برىء منه وعنتق وان أبرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان اعتق نصيبه منه عتق واختلاف في هذا كله كالخلاف فيما اذا أدى الى بعضهم باذن الآخر

أطلق أصحابنا القول في ذلك ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره وقياس المذهب ان له منعه من سفر تحمل نجوم كتابته قبله لانه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في رقه عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل الدين عليه قبل مدة سفره واختلف قوله فقال في موضع له السفر وقال في موضع ليس له السفر إذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه .

ولنا ان المكاتب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين أشبه الحر المدين وما ذكره لأصله ويبطل بالحر الغريم وله أخذ الصدقة الواجبة والمستحقة لان الله تعالى جعل للمكاتبين الاخذ من الواجبة وإذا جاز الأخذ من الواجبة فالمستحقة أولى .

﴿ مسألة ﴾ (وان شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط ؟ على وجهين . إذا شرط السيد على مكاتبه أن لا يسافر ، فقال القاضي الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد ابن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه يناهض مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح ترك السفر عليه كما لو أقرض لرجل قرضاً بشرط أن لا يسافر وقال ابو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم »

ولنا على أنه يعتق نصيب من أبرأه من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شر كائنه أنه أبرأه من جميع ماله عليه فوجب أن يلحقه العتق كالأبرأ سيدة من جميع مال الكتابة وفارق ما إذا أبرأه سيدة من بعض مال الكتابة لأنه ما أبرأه من جميع حقه .

ولنا على سريانة عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب أن يسري عتقه كما لو كان قنا ولأنه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق فإن قيل في السريانة ضرر بالشركاء لأنه قد يعجز فيرد إلى الرق قلنا إذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى .

(مسئلة) قال (وولاؤه لسيده وان عجز فهو عبد لسائر الورثة)

أما إذا عجز ورد في الرق فإنه يكون عبداً لجميع الورثة كما لو لم يكن مكاناً لأنه من مال موروثهم فكان بينهم كسائر المال وأما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقى يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض وهذا قول أكثر الفقهاء وهو اختيار أبي بكر ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء

ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم كالأمر شرط نقد معلوماً وبيان فائدته أنه لا يأمن أباقه وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ويفارق القرض فإنه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب باخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلاً بدون شرطه بخلاف الكتابة فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح أن شاء الله تعالى فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه وإن لم يمكنه رده اجتمعت له تعجزه وورده إلى الرق لأنه لم يف بـ شرط عليه أشبه ماله لم يف بأداء الكتابة واحتمل أن لا يملك ذلك لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجزه كما لو لم يشرط عليه .

(فصل) وإن شرط عليه أن لا يسأل الناس فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم أن رأيته يسأل تنهأ فإن قل لأعود لم يردده عن كتابته في مرة فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم وأنه إن خالف مرة لم يعجزه وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجزه قال أبو بكر إذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وإنما صح الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم» ولأنه في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن

وقال بعض الناس لا ولاء للنساء لان هذا انما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن ولكل وجه والذي اراه ويفلب علي انهن يرثن وذلك لان المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقاً وهذا قول طاوس والزهري وذلك لان المكاتب انتقل الى الورثة بموت المكاتب فكان ولاؤه لهم كما لو انتقل الى المشتري ولانه يؤدي الى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو ادى الى المشتري ووجه الاول ان السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو ادى اليه ولان الورثة انما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وانما بقي للسيد دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء ان السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويبني على ما فعله موروثه ولا ينتقل اليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب ان لا ينتقل عنه

(فصل) فان اعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولان السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم ويكون ولاؤه لهم لقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن اعتق » وان اعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قرم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وان لم يسه عتقه اسكونه معسراً أو غير ذلك فله ولاء ما اعتقه للخبر ولانه منه عليه بالعتق فكان الولاء له كغير المكاتب وقول

لا يكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقهم وأوساخهم وذكر ابو الخطاب انه لا يصح الشرط لان الله تعالى جمل للمكاتب سهما من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلا يصح اشتراط ترك طلب ما جعل الله له .

﴿ مسألة ﴾ (واه الانفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال) .

لان له التصرف في المال بما يعود بمصلحته ومصلحة ماله والانفاق على نفسه وولده ورقيقه من أهم المصالح فينفق عليهم ما يحتاجون اليه من ماكلهم ومترجمهم وكسوتهم بالمعروف مما لا غنى لهم عنه والحيوان الذي له وله تأديب عبده وتعزيرهم اذا فعلوا ما يستحقون ذلك لانه من مصلحة ملائكة ملائكة كالشفعة عليهم ولا يملك إقامة الحد عليهم لانه موضع ولاية وما هو من أهلها وله ان يختنهم لانه من مصلحتهم وله المظالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشقص سيده فله أخذه منه لأن له أن يشتري منه وان اشترى المكاتب شقصاً لسيدة فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالاجنبي وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه وان انكره السيد كان عليه اليمين وان أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيدة الاخذ بالشفعة ، لان بيعه بالمحاباة مع سيده فيه صحيح ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لانه يصح تصرفه فيه بذلك ومن ذلك شيئاً ملك الاقرار به .

القاضي ان اعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان اعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان ادى الى الباقي عتق كله وكان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له لانه لولا اعتاقه لماد سهمه رقيقا كسهم سائر الورثة فلما اعتقه كان هو النعم عليه فكان الولاء له دونهم فاما ان ابرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا ادى اليهم لان البراء جرى مجرى استيفاء ما عليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم انعموا عليه بما عتق به فاشبه ما لو اعتقوه وان ابرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف والله أعلم

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبهم لانهم يقومون مقام المكاتب والمكاتب يملك بيعه وهبته فكذلك ورثته ويكون عند المشتري والموهوب له مبتى على كتابته فان عجز فعجزه عادرقيقاً له وان ادى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي تقول ان ولاء للورثة اذا ادى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل ان لا يصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كان به وليس ذلك للورثة ويحتمل ان يصح ويكون الولاء للسيد ان عتق بالكتابة لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد لان السيد يبيعه ابطال حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

﴿ مسألة ﴾ (وليس له ان يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب إلا باذن سيده) .

وجملة ذلك أن المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن سيده ، وهو قول الحسن ومالك والليث وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف ، وقال الحسن بن صالح له ذلك ، لانه عقد معاوضة أشبه البيع .

ولما قول النبي ﷺ « أئما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولان على السيد ضرراً لانه ان عجز رجع اليه ناقص القيمة ويحتاج ان يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن أداء نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به فعلى هذا اذا تزوج لم يصح وقال الثوري نكاحه موقوف ان ادى تبين انه كان صحيحاً وان عجز فنكاحه باطل .

ولنا الخبر ولانه تصرف منمنعه للضرر فلم يصح كالمهبة . اذا ثبت هذا فانه يفرق بينها ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان بعده فعليه مهر المثل يؤدي من كسبه كجنياته فان أنت بولد لحقه نسبه لانه من وطء في نكاح فاسد فان كانت المرأة حرة فهو حر وان كانت امه فهو رقيق لسيدها ، فان أذن له سيده في النكاح صح في قول الجميع فان الخبر يدل بمفهومه على انه يصح اذا اذن له لان المنع من نكاحه لحق السيد فاذا اذن فيه زال المانع وقياساً على ما اذا اذن لعبده القن .

(فصل) وإن وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح فإن سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه إن كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولاؤه أسيدته الذي كاتبه لأنه المنعم عليه وإن أبرأه من المال عتق أيضاً لأنه برىء من مال الكتابة فأشبهه ماله أدي وإن اعتقه لم يعتق لأنه لا يملك رقبته ولا وصى له بها وإنما وصى له بالمال الذي عليه وإن عجز ورد في الرق عاد عبد الورثة وما قبضه الوصي الموصى له من المال فهو له لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تمجيذه إلى الورثة لأن الحق ثبت لهم بتمجيذه ويصير العبد لهم فكأن الخيرة في ذلك اليهم وإنما الوصى له فإن حقه ووصيته تبطل بتمجيذه فلم يكن له في ذلك حق وإن وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح ومتى سلم المال إلى الوصي برىء وعتق وإن أبرأه منه لم يبرأ لأن الحق لغيره وإن دفعه المساكين إلى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لأن التعمين إلى الوصي دونه وإن وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين اقتضاء منه كما لو وصى به عطية له وإن كان أوصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المساكين أن يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرته لأن المال للورثة ولهم أن يقضوا الدين منه ومن غيره والوصي في قضاء الدين حق فيه لأن لهم منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

(فصل) إذا مات رجل وخاف ابنين وعبداً مدعى العبد أن سيده كاتبه فصدقه ثبتت الكتابة

(فصل) وليس له التسري بغير إذن سيده لأن ملكه ناقص . وقول الزهري لا ينشئ لاهله أن يمنعه من التسري .

ولنا أن على السيد فيه ضرراً فنع منه كالتزويج وبيان الضرر أنه ربما أحبهم أو أحل عيب في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت أم ولد يتمتع عليه بيعها في أداء كتابته فإن عجز رجعت إلى سيده ناقصة وإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى فإن إذن له سيده جاز وقال الشافعي لا يجوز في أحد القواين لأنه أمر يضر به وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز باذن السيد .

وأما أنه لو إذن لعبده قن في التسري جاز فلا كتاب أولى ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز باذنه كالتزويج إذا ثبت هذا فإنه إن تسرى باذن سيده أو غير إذن له فلا حد عليه أشبهه بالملك ولا مهر عليه لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه فإن ولدت فالنسب لاحق به لأن الحد إذا سقط لأشبهه لحقه النسب ويكرن الولد مملوكاً لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه لأن ملكه غير تام وليس له بيعه لأنه ولده ويكون موقفاً على كتابته فإن أدي عتق وعتق الولد لأنه ملك لآبيه الحر وإن عجز وعاد إلى الرق فولد رقيقاً أيضاً ويكونان مملوكين للسيد

(فصل) وليس له أن يزوج عبده واماء بغير إذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر لأنه عتد على منفعة فملكه كالاجارة وحي

لان الحق لها وان أنكره وكانت له بينة بدعواه ثبتت الكتابة وعتق بالاداء اليهما ، وان عجز فلها رده إلى الرق ، وان لم يعجزه وصبر اعليه لم يملك الفسخ وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجزه بقي نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقاً ، وان لم تكن له بينة فالقول قولهما مع أيماهما لان الاصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمانهم على نفي العلم فيحلفان بالله انهما لا يعلمان ان أباهما كاتبه لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلفا ثبت رقه وان نكلا قضي عليهما اوردت اليمين عليه على قول من قضى بردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضي برق نصفه وكتابة نصفه وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر فان لم تكن له بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قنا فان شهد المقر على أخيه قبلت شهادته لانه لا يجربها إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وان لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين وان لم يكن عدلاً او لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه فان لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة معاومة او مشاهرة او كيفما كان جاز وان طلب ذلك احدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام احمد انه يجبر عليها وهو قول ابي حنيفة لان المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما

عن القاضي انه قل في الخصال له تزويج الامة دون العبد لانه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد على منافعها اشبه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته وان زوج الامة ملك الزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيدها بالكليّة وليس ذاك من جهات المكاسب وربما اعجزه ذلك عن أداء نجومه وان عجز عادرقة للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص وفارق الاجارة فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطالبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وان اذن السيد في ذلك جاز لان الحق له والمنع منه

(فصل) وليس له استهلاك ماله ولا هبته وبه قال الحسن ومالك واثوري والشافعي والثوري وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ولان المقصد من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك ونجوز باذن سيده وقال أبو حنيفة لا تجوز لانه يفوت النقص بالكتابة وعن الشافعي كالمذهبين

وانما ان الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن ولا تصح الهبة بالثواب وقال الشافعي في أحد قوله تصح لان فيها معاوضة

حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالأعيان ويحتمل أن لا يجبر وهو قول الشافعي لأن المهاياة تأخير حقه الحل لأن المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الإجابة إليه كتأخير دينه الحال فإن اقتسما الكسب مهاياة أو مناصفة فلم يف باداء نجومه فلمقرر رده في الرق وما في يده له خاصة لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب وإن اختلف المنكر والمقر فيما في يد المالك فقل المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة وكسبه في حياة أدينا . أنكر ذلك المقر فقل قوله مع يمينه لأن المنكر يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولأنه لو اختلف هو والمالك في ذلك كان القول قول المالك فكذا ذلك من يقوم مقامه وإن أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه لأنه لم يباشر العتق ولم يتسبب إليه وإنما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضا لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل أداء مال الكتابة إليهما جميعا فعتق كله بذلك وولاء هذا النصف للمقر لأن أخاه لا يدعيه وهذا المقر يدعي أنه كله قد عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف نصيب من الولاء ، وقل أصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) كقولنا

(والثاني) الولاء بين الاثنين لأنه ثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث والصحيح ما قلناه لما ذكرناه ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الاثنين به كما لو ادعى أحدهما ديناً لآبيه على إنسان

ولنا أن الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الفرر ولأن عوضها يتأخر فهو كالبيع نسيتة وإن اذن السيد فيها جازت ولذلك أن وهب لسيدة أو لابن سيدة الصغير جاز لأن قبوله للهبة إذن فيها وليس له أن يجازي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به لأنه اتلاف للمال على سيدة فأشبه الهبة ولا يجوز له أن يعبر دابته ولا يهدي هدية وأجاز ذلك أصحاب الرأي ويحتمل جواز إعارته دابته وهدية المأكول ودعائه إليه كالمأذون له لأن المالك لا ينحط عن درجته ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجز كالهبة وليس له أن يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئاً ولا يقرض لأنه يعرضه للاتلاف ولا يضمن ولا يتسكف بالمد وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأن ذلك تبرع بماله فهو كالهبة ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ذكره أبو بكر لأن فيه اتلاف للمال على سيدة وقال القاضي له أن يقتص من الجناة عليه وعلي رقيقه ويأخذ الأرض لأن فيه مصاحته

(فصل) ولا يعتق رقيقة إلا بأذن سيدة وبه قال الحنن والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة لأن فيه ضرراً على سيدة بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال أشبه الهبة فإن اعتق لم يصح اعتاقه ويتخرج أن يصح ويتف على إذن سيدة وقال أبو بكر هو موقوف على آخر أمر المالك فأن أدى عتقه معتقه وإن لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الأرحام أنهم موقوفون ولنا أنه تبرع بماله بغير إذن سيدة فكل باطلا كالهبة ولأنه تصرف تصرفاً منع منه لحق سيدة

وأنكره الآخر فإن المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وإن كان يرثه عن الأب وكذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحداً خلف أحدهما مع الشاهد وأبى الآخر فإن أعتق أحدهما حصته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً وهذا قول الخرقى لقول النبي ﷺ « من أعتق شركاً له من عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم ولأنه موسراً عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى إلى باقيه كغير المكاتب وقال أبو بكر والقاضي لا يعتق إلا حصته لأنه إن كان المعتق المقر فهو منفذ وإن كان المذكر لم يصبر إلى نصيب المقر لأنه مكاتب لغيره وفي سرية العتق إليه إبطال سبب الولاء عليه فلم يحز ذلك

(مسألة) قال (ولا يمنع المكاتب من السفر)

وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً وهذا قول الشعبي والنخعي وسعيد ابن جبير وأشوري والحسن بن صالح وأبي حنيفة ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر نخل نجوم كتابته قبله لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في وقته عند عجزه فنع منه كالغريم الذي يحل عليه الدين قبل مدة سفره واختلف قول الشافعي فقال في موضع له السفر وفي قول ليس له السفر فقال بعض أصحابه فيها قولان وقال بعضهم

فكان باطلاً كسائر ما منع منه ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه لأن عتقهم ليس بتصرف منه وإنما يعتقهم الشرع على مالهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يتقوا به فإذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق إنما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلاً فلا تتبين صحته إذا كمل الملك لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملاً حين الاعتاق ولذلك لا يصح سائر تبرعاته بإدائه فإن أذن فيه سيده صح وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لأن تبرعه بما له يفوت المقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ولأن العتق لا ينفك من الولاء وليس من أهله ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما في يده ولا هبته فلم يصح إذنه فيه

ولذا إن أذن لا يخرج عنها فإذا اتفق على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وما ذكره ويطلب بالنكاح فإنه لا يملكه ولا يملكه السيد عليه وإذا أذن فيه جاز وأما الولاء فإنه يكون موقوفاً فإن عتق المكاتب لأن له والافهو سيده كما يرق بمال يملكه من ذوي أرحامه هذا قول القاضي وقال أبو بكر يكون سيده كان اعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان ككتائبه

(فصل) قال شيخنا وليس له أن يحج إذا احتاج إلى اتفاق ماله فيه وذكر في كتاب الاعتكاف أن له أن يحج بغير إذن سيده لأنه كالحرة الميموني عن أحمد المكاتب أن يحج من المال الذي جمعه إذا لم يأت نجمه قال شيخنا وذلك محمول على أنه يحج بإذن سيده أما بغير إذن فلا يجوز

ليست على قولين انما هي على اختلاف حالين فلموضع الذي قل له السفر اذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتمدر معه استيقاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه ولنا ان المكاتب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين فأشبه الحر المدين ، وما ذكروه لا أصل له وببطل بالحر الغريم

(فصل) فان شرط عليه في الكتابة ان لا يسافر فقل القاضي : الشرط باطل وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه كما لو اقرضه رجل قرضاً بشرط ان لا يسافر وقل أبو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط تقديمه ملوماً وبيان فائدته أنه لا يأمن اباؤه وأنه لا يرجع الى سيده فينفق العبد والمال الذي عليه ويفارق اقرض فانه عقد جائز من جانب اقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع اغريم السفر قبل ايفائه فكان المنع من السفر حاصلاً بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر الا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح ان شاء الله تعالى ، وأولى فعلى هذا الوجه لسيد منعه من السفر فان سافر بنير اذنه فله رده ان امكنه وان لم يمكنه رده احتمال ان له تعجيله ورده إلى الرق لانه

لانه تبرع بما ينفق ماله فيه فلم يجز كالعق فاما ان أمكنه الحج من غير انفاق ماله كما الذي يتبرع له انسان باحجابه او يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه لان هذا يجري مجرى تركه المكسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب ان يكاتب الاباذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كما المنجز ولانه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كما الماذون واختيار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره أبو الخطاب في ردوس المسائل وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبه البيع وقال أبو بكر هو موقوف كقول في العتق المنجز فان اذن فيها السيد صحت ، وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ﴿مسئلة﴾ (وولاء من يعتقه ويكاتبه لسيد)

إذا كاتب عبده فعجزاً جميعاً صاراً رقيقين للسيد وان ادى المكاتب الاول ثم أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وإن أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقاً للاول وان عجز الاول وأدى الثاني فولاءه للسيد الاول وإن أدى الثاني قبل عتق الاول عتق قال أبو بكر وولاءه للسيد وهو قول أبي حنيفة لان العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لانه سبب يورث به فهو كالنسب

لم يف بما شرطه عليه أشبه ما لو لم يف بآداء الكتابة واحتمل ان لا يملك ذلك لانه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيله كما لو لم يشترط عليه
(فصل) وان شرط في كتابته ان لا يسأل فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم ان رأته يسأل تنهيه فان قال لا أعود لم يردده عن كتابته في مرة فظاهر هذا ان للشرط صحيح لازم وأنه ان خالف مرة لم يعجزه وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيله . قال أبو بكر اذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وانما طح الشرط لقوله ﷺ « المسلمون على شروطهم » ولان له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن لا يكون كلاً على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم
وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سهماً من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس له ان يتزوج الا باذن سيده)

وهذا قول الحسن ومالك والليث وابن أبي ليلى وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف وقال الحسن ابن صالح له ذاك لانه عقد معاوضة أشبه البيع

ولان الميراث لا يقف كذلك سببه ، وقال القاضي هو موقوف ان أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد ، وهذا أحد قولي الشافعي لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن اعتق » ولان العبد ليس بملك له ولا يجوز ان يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه وقولهم لا يجوز ان يقف كالم يقف النسب والميراث ليس كذلك فان النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على ان الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجزئه مولى الاب من مولى الام فجاز ان يكون موقوفاً والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه ، وإن قلنا هو موقوف فميراثه أيضاً موقوف .

﴿ مسألة ﴾ (وليس له ان يبيع نسيئة وان باع السلعة باضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي)
لان فيه تقريراً بالمال وهو ممنوع منه لتعلق حق السيد به . قل القاضي ويتخرج الجواز بناء على المضارب ان له البيع نسيئة في إحدى الروايتين فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ ضميناً أو رهيناً أو لم يأخذ لان الغرر باق لانه يحتمل ان يتلف الرهن ويقاس الغريم والضمين ، ويحتمل ان يجوز مع الرهن والضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل فان باع (المغني والشرح الكبير) (٤٨) (الجزء الثاني عشر)

ولنا قول النبي ﷺ «أما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر» ولأن على السيد فيه ضرراً لأنه ربما عجز فيرجع اليه ناقص القيمة ويحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن تأدية نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به إذا ثبت هذا فإنه إذا تزوج لم يصح تزويجه وقال اشوري نكاحه موقوف إن أدى تبيناً أنه كان صحيحاً وإن عجز فنكاحه باطل

ولنا الخبر ولأنه تصرف منع منه للضرر فلم يصح كالهبة وما ذكره لأصل له فإذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدي من كسبه لأنه بمنزلة جانيته وإن أتت بولد لحقه نسبه لأنه من وطء في نكاح فاسد فإن كانت المرأة حرة فهو حر وإن كانت أمة فولد لها رقيق لسيدها ، فأما أن أذن له سيده في النكاح صح منه في قولهم جميعاً فإن الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ولأن المنع من نكاحه لحق سيده فإذا أذن له زال المانع ولأنه لو أذن له بعده القن في النكاح صح منه فالمكاتب أولى

(فصل) وليس له التسري بغير إذن سيده لأن ملكه غير تام ، وقال الزهري لا ينبغي لأهله أن يمنعوه من التسري

ولنا أن ملكه ناقص وعلى السيد فيه ضرر فيمنع منه كالتزويج وبيان الضرر فيه أنه ربما

بأكثر من قيمته حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لأن الزيادة ربح وإن اشترى نسيئة جاز لأنه لا غدر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهناً لأن الرهن أمانة وقد يتلف أو يبيحده الغريم وليس له أن يدفع ماله سلماً لأنه في معنى البيع نسيئة وله أن يستسلم في ذمته لأنه في معنى الشراء نسيئة وله أن يقترض لأنه ينتفع بالمال وأيسر له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به وفي الرهن والمضاربة وجه آخر أنه لا يجوز له أن يأخذ قراضاً لأنه من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كاه على ما ذكرنا ﴿مسألة﴾ (ولا يكفر بالمال وعنه له ذلك باذن سيده)

إذا لزم المكاتب كفارة ظهار أو جماع في رمضان أو قتل أو كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لأنه عبد ولأنه في حكم المعسر بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته وكفارة العبد والمعسر الصيام وإن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز لأنه بمنزلة التبرع ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن فيه السيد لأن عليه ضرراً لما يفيض اليه من تقويت حريته كما أن التبرع لا يلزمه باذن سيده

وقال القاضي المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال انبنى على ملك العبد بالتملك فإن قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بغير الصيام سواء أذن فيه أو لم يأذن لأنه يكفر بما ليس بمملوك له وإن قلنا يملك بالتملك صح تكفيره بالأطعام إذا أذن فيه السيد وإن أذن

أحبها والحبل مخوف في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت أم ولد فيمتنع عليه بيعها في إداء كتابتها وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة فإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى ، فلما إن أذن له سيده في التسري جاز له

وقال الشافعي لا يجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده في أحد القولين لأنه أمر يضر به وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجوز وإن أذن فيه سيده ولأنه ناقص الملك فلم يجوز له التسري كوطء الجارية المشتركة ولأنه لو أذن لعبد القن في التسري جاز فالمكاتب أولى ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز تأديبه كالتزويج . إذا ثبت هذا فإنه إذا تسرى بأذن سيده أو غير أذنه فلا جد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه وإن حبلى فالنسب لاحق به لأن الحد إذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكاً له لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه لأن ملكه غير تام وليس له بيعه لأنه ولده ويكون موقوفاً على كتابته فإن أدنى عتق وعتق الولد لأنه ملك لأبيه الحر وإن عجز وعاد إلى الرق فولد رقيقاً أيضاً ويكونان مملوكين للسيد فأما الأمة فإن ولدت قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها ذم عليه أحمد لأن ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعقوبته فكذا أمه فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة على المكاتبان عتق فهي أم ولده وإن رق رقت

له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين نذكرهما في تكفير العبد إن شاء الله تعالى قال شيخنا والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لأنه يملك المال بغير خلاف وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع

﴿مسئلة﴾ (وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ يحتمل وجبين)

(أحدهما) لا يجوز لأن في دفع ماله إلى غيره تعريضاً به وفي الرهن خطر لأنه قد يتلف أو يحوطه الغريم وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يجوز لأنه قد يرى الحظ فيه بدليل أن لولي اليتيم أن يفعل في مال اليتيم فجاز كإجارته

﴿مسئلة﴾ (وليس له شراء ذوي رحمه إلا بأذن سيده)

لأنه تصرف يؤدي إلى اتلاف ماله لأنه يخرج من ماله ما يجوز التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه أشبه الهبة وهذا قول الشافعي وقال إقاضي له ذلك وهو قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه اشترى مملوكاً لا ضرر على السيد في شرائه فصح كالأجنبي وبيانه أنه يأخذ كسبهم وإن عجز صاروا رقيقاً لسيد ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه كالأجنبي ويفارق الهبة لأنها تقوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولأن السبب بحقوق وهو صيدور التصرف من أهله في محله ولم يتحقق المانع لأن ما ذكره لا نص فيه ولا له أصل يقاس عليه فإن أفن

وقال القاضي في موضع لا تصير ام ولد بحال وله بيعها لانها حلت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي قولان كهذين الوجهين وإن وضعته بعد عتقه لاقبل من ستة أشهر تبينا انها حلت به في حال رقه فالحكم على ماضي ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر حكمنا انها حلت حراً لاننا لم نتيقن وجوده في حال الرق وتكون ام ولد لانها علقت بحر في ملكه وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا (فصل) وليس للمكاتب أن يزوج عبيده واماءه بغير اذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك ان له ذلك اذا كان على وجه النظر لانه عقد على منفعة فملكه كالاجارة وهو الذي قاله ابو الخطاب في رءوس المسائل

وحكي عن القاضي انه قال في الخصال له تزويج الامة دون العبد وهو قول ابي حنيفة لانه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد ذمة على منافعتها فأشبهه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته وإن زوج الامة ملك لزوج بضعها وتقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكلية وليس ذلك من جهات المكاتب فربما عجزه ذلك عن اداء نجومه وإن عجز عادرقيماً للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص فلم يجز ذلك له كاعتاقهم وفارق اجارة الدار فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان

فيه سيده جاز وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز باذنه وهو قول بعض اصحاب الشافعي وقال بعضهم فيه قولان

﴿مسئلة﴾ (وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصي له بهم)

لانه إذا ملك شراءهم مع ما فيه من بذل ماله فلا أن يجوز بغير عوض اولى وعند من لا يرى جواز شرائهم بغير اذن السيد لا يجوز قبولهم الا إذا لم يكن فيه ضرر بماله كما قالوا في ولي اليتيم إذا وصى لليتيم بمن يعتق عليه

﴿مسئلة﴾ (وإذا ملكهم فليس لهم بيعهم ولا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه)

وقال اصحاب الرأي له بيع من عدا الوالدين والمولودين لانهم ليست قرابته جزئية ولا بعضية فأشبهوا الاجانب

ولنا انه ذورحم يعتق عليه إذا عتقه فلا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاناً كوالديه

(فصل) ولا يعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلا أن

لا يقع بالشراء الذي اقيم مقامه اولى ومتى أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حقي سيده عنهم فعتقوا حينئذ ولا يؤم لهم دون سيده لانهم عتقوا عليه به مد زوال ملكه سيده عنه

العبد متى طالب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وإن أذن له السيد في ذلك جاز لأن الحق له والمنع من أجله فجاز بإذنه

(فصل) وليس له اعتناق رقيقه إلا بإذن سيده وبهذا قال الحسن والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال فأشبهه الهبة فإن أعتق لم يصح اعتاقه ويخرج أن يصح ويقف على إذن سيده

وقال أبو بكر هو موقوف على آخر أمر المكاتب فإن أدى عتق معتقه وإن لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الأرحام أنهم موقوفون

وأما أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلاً كالهبة ولأنه تصرف تصرفاً ممنوعاً منه لحق سيده فكان باطلاً كسائر ما يمنع منه ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه لأن عتق ذوي أرحامه ليس بتصرف منه وإنما يعتقهم الشرع على مالهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به فإذا عتق كمل ملكه فمتقوا حينئذ والمعنى إنما يعتق بالاعتناق الذي كان باطلاً فلا تثيقن صخته إذا كان الملك لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملاً حين الاعتناق وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بإذنه، فأما إن أذن فيه سيده صح وقول الشافعي في أحد القولين لا يصح لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ولأن العتق لا يملك من الولاء والعبد ليس من أهله ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتناق مافي يده ولا هبته فلم يصح لانه فيه

ولنا إن الحق لا يخرج عنهما فإذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وما ذكره يبطل بالنكاح

فصاروا بمنزلة مالهوا اشتراهم بعد عتقه وإن عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لأنهم من ماله فيصرون للسيد بعجزه كعبيده الأجانب وله كسبهم لأنهم مملوكه أشبه الأجانب ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وكذلك الحكم في ولده من أمته قياساً عليهم

(فصل) فإن أعتقهم السيد لم يعتقوا لأنه لا يملكهم فلم يملك التصرف فيهم، وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم وإن أعتقهم بإذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وإن أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لأن كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته وعلى ما اختاره شيخنا يعتقون لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالبراء من مال الكتابة أو بأدائه يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول إلا بالاداء أو ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى وإن مات المكاتب ولم يخلف وفاء مادوا رقيقاً وقال أبو يوسف ومحمد يسمون في الكتابة على نجومها وكذلك أم وولده وقال أبو حنيفة في

فانه لا يملك ولا يملكه السيد عليه واذا اذن له فيه جاز واما الولاء فانه يكون موقوفاً فان عتق المكاتب كان له والافهولسيده كما يرق مما ليك من ذوي ارحامه هذا قول القاضي وقال القاضي ابو بكر يكون لسيد لان اعتاقه انما صح باذن سيده فكان كالنائب له

(فصل) والمكاتب محجور عليه في ماله فليس له استهلاكه ولا هبته وبهذه قال الحنفية والشافعية والاثوري واصحاب الرأي ولا أعلم فيه مخالفاً لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز في موداله ولان المقصد من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله نفوت ذلك وان اذن فيه سيده جاز وقال ابو حنيفة لا يجوز لانه يفوت المقصود بالكتابة وعن الشافعية فيه كالمذهبين ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالأراهن والمرتهن فاما الهبة بالثواب فلا تصح وقال الشافعية في أحد قوليه تصح لان فيها معاوضة

ولنا ان الاختلاف في تقدير اثواب يوجب الغرر فيها ولان عرضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة ، وان اذن فيها السيد جازت وان وهب لسيد جاز لان قبوله الهبة اذن فيها وكذلك ان وهب لابن سيده الصغير

(فصل) ولا يحايي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به ولا يعير دابة ولا يهدي هدية وأجاز ذلك أصحاب الرأي ويحتمل جواز اعادة دابته وهدية المأكل ودعائه اليه لان ذلك يجوز

الولد خاصة ان جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق ولنا انه عبد للمكاتب فصار بموته لسيدته إذا لم يخلف وفاء كالأجنبي وان خلف وفاء انبى على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

﴿مسئلة﴾ (وولد المكاتب الذي ولدته في الكتابة يتبعها)

تصح كتابة الامة كما تصح كتابة العبد بغير خلاف وقد دل عليه حديث بريرة وخديجة جويرة بنت الحارث ولانها داخلة في عموم قوله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فاذا اتت المكاتب بولد من غير سيدها من نكاح أو غيره فهو تابع لها فان عتقت بالاداء أو بالبراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عاد رقيقاً فذا وهذا قول شرح ومالك والاثوري وابي حنيفة واسحاق وسواء في هذا ما كان حلال الكتابة أو حدث بعدها وقال ابو ثور وابن المنذر هو عبد قن لا يتبع امه وللشافعية قولان كالمذهبيين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة

ولنا ان الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فيسرى الى الولد كالأستيلاد ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع

إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول اربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي

لما ذن له ولا ينحط المكاتب عن دجته ووجه الاول انه تبرع بماله فلم يجز كالمهبة ولا يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئاً ولا يقرض ولا يضمن ولا يتكفل بأحد وبه قال الشافعي وأبو الرأي لان ذلك تبرع بماله فمنع منه كالمهبة

(فصل) وليس له أن يحجج ان احتاج الى انفاق ماله فيه ونقل الميموني عن احمد للمكاتب أن يحجج من المال الذي جمعه اذا لم يأت بنجته وهذا محمول على انه يحجج باذن سيده اما بغير اذنه فلا يجوز لانه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كالمعتق

فاما ان أمكنه الحجج من غير انفاق ماله كالذي تبرق انسان باحججاه او يخدم من ينفق عليه فيجوز اذا لم يأت بنجته لان هذا يجري مجرى تركه وليس له كسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب أن يكاتب الا باذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمعجز ولانه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة واختار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره ابو الخطاب في رءوس المسائل وهو قول مالك وابي حنيفة والثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبهه البيع ، وقال ابو بكر هو موقف كتوبه في العتق المنجز فان أذن فيها السيد صحت وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم فاذا كاتب عبده فمعجزا جميعا صارا رقيقين للسيد ، وان أدى المكاتب الاول ثم

عتقه ، أما قيمته إذا تلف فقل أبو بكر هي لامه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك ان تصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته لانه بمنزلة جزء منها ولو جنى على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولها وإذا لم يستحقها هو كانت لامه لان الحق لا يخرج عنها ولان ولدها لو ملكته بهمة او شراء فقتل كانت قيمته لها فكذلك اذا تبعها بحقيقته انه اذا تبعها صار حكمه حكمها فلا يثبت ملك السيد في منافعها ولا في اروش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها

وقال الشافعي في أحد قوليّه تكون اقيمة لسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما ان الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فان العتد باق بعبد قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائه كالحكم في اتلافه ، وأما كسبه وارش الجناية عليه فينبغي ان يكون لامه ايضاً لان ولدها جزء منها تابع لها فأشبهه بقية أجزائها ولان ادائها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغي ان يصرف ذلك فيه بمنزلة صرفه اليه اذ في عجزها رقة وفوات كسبه عليه ، وأما نفقته فعلى امه لانها تابعة لكسبه وكسبه لها ونفقته عليها وأما عتقه فانه يعتق بادائها أو ابرائها ويرق بمعجزها لانه تابع لها وان ماتت المكاتب في كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقاً فانا الا ان يخلف وفاء فيكون على الرايتين ، وان اعتقها سيدها لم يعتق ولدها لانه انما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالاداء وما حصل الاداء انما حصل عتقها بأمر لا يتبعها

أدى الثاني فولاء كل واحد منهما مكتابه وان أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقا للاول وان عجز الاول وأدى الثاني فولاءه للسيد الاول وان أدى الثاني قبل عتق الاول عتق قال ابوبكر وولاءه للسيد . وهو قول أبي حنيفة لان العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لانه سبب يورث به فهو كالنسب . ولان الميراث لا يقف كذلك سببه . وقال القاضي هو موقوف ان أدى عتق والولاء له والا فهو للـسيد ، وهذا احد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «انما الولاء لمن أعتق» ولان العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه ، وقولهم لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث فليس كذلك فان النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه اذا لم تلحقه اتفاقية بأحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء ان الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجزئ موالي الاب من مولى الام فجاز أن يكون موقوفاً والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقام الولاء للسيد ورثه وإن قلنا هو موقوف فيرثه أيضاً موقوف

(فصل) وليس له أن يبيع نسيئة وان باع السلعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي لان فيه تغريراً بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به

فيه فأشبه ما لو لم تكن مكتابة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعقدها ان يعود ولدها رقيقاً ومقتضى قول شيخنا أنه يقي على حكم الكتابة ويعتق بالاداء لان العقد لم يوجد ما يبطله وانما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فاذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لا تنفائه فائده وفي مسئلتنا في بقائه فائدة لا فضاؤه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى ويحتمل أن يعتق باعتاقها لانه جرى مجرى ابرائها من المال والحكم فيما إذا عتقت باستيلاد أو تدبير أو تعايق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لانها عتقت بغير الكتابة وان اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه احمد في رواية مهنا لانه مملوك له فصاح عتقه كامه ولانه لو أعتقه معها صح عتقه ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مملوكه . قال القاضي : وقد كان يجب ان لا ينفذ عتقه لان فيه ضرراً بامه لتنويت كسبه عاينها فانها كانت تستعين به في كتابتها ولعل احمد نفذ عتقه تغليهاً للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه

(أحدها) أن الضرر انما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسب له فتحليصها من نفقته نفع محض ومن له كسب لا يفضل عن نفقته فلا ضرر في اعتاقه لانه لا يفضل لها من كسبه شيء تنتفع به فكان ينبغي أن يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد

(الثاني) أن النفع بكسبه ليس بواجب لها لانها لا تملك اجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها

قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على الضارب ان له البيع نسيئة في احدي الروايتين فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ بالثمن ضميناً او رهناً او لم يأخذ لان الغرر لم يزل فان الرهن يحتمل ان يتلف ويحتمل ان يفلس الغريم والضمين ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل فان باع بأكثر مما يساوي حالاً وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان الزيادة ربح وإن اشترى نسيئة جاز لانه لا غرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهناً لان الرهن أمانة وقد يتلف او يبحده الغريم وليس له ان يدفع ماله سلفاً لانه في معنى البيع نسيئة وله ان يستسلف في ذمته لانه في معنى الشراء نسيئة وليس له أن يقرض لانه تبرع بالمال وفيه خطر به وله أن يقترض لانه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به وله أن يأخذ المال قراضاً لانه من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفعل كله على ما ذكرنا

(فصل) وللمكاتب أن يبيع ويشترى باجماع من أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل الا باداء عوضه ولا يمكنه الاداء الا بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء في بعض الآثار ان تسعة أعشار الرزق في التجارة وله أن يأخذ ويعطي فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه وله أن ينفق مما في يده من المال على نفسه في مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف مما

(الثالث) أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي يحقق مقتضيه مالم يكن له أصل يشهد له بالاعتبار ولم يذكر له أصلاً ثم هو ملغى بعتق المفلس والراهن وسراية العتق الى ملك الشريك فانه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى .

(فصل) فاما ولد ولدها فان ولد ابنها حكمه حكم امه لان ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تسري الكتابة اليه لان السراية إنما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا يسري اليه بدليل ان أم اولد قبل ان يستولدها لا يسري اليه الاستيلاد وهذا الوالد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب ان يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما ثبت لها حكم أمها ولان البنت تبعت أمها فيجب ان يتبعها ولدها لان علته اتباعها لأمها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب ان يسري الي ولدها كالمكاتب وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لأمها في الكتابة فاما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فانبتها أولى

﴿ مسألة ﴾ (وان اشترى زوجته صح وانفسخ نكاحها)

يجوز للمكاتب شراء امرأته وللمكاتبه شراء زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وقال الشافعي لا ينفسخ لان المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له الشراء ولا يعتق والده وولده اذا اشتراه فاشبه العبد القن

لا غناء له عنه وعلى رقيقه والحيوان الذي له وله تأديب عبيده وتمزيقهم اذا فعلوا ما يستحقون ذلك لانه من مصلحة مالكه فلكه كالتقعة عليهم ولا يملك اقامة الحد عليهم لان هذا موضع ولاية وليس هو من اهلها وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشفعة سيده فله اخذه منه لان له ان يشتري منه ، وان اشترى المكاتب شفعا لسيد فله شركة فله اخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالاجنبي ، وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب ان سيده عفا عنها سمعت دعواه وان أنكره السيد كان عليه اليمين وإن أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيد اخذ بالشفعة لان بيعه بالمحاباة مع اذن سيده فيه صحيح ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك شيئا فله الاقرار به

(مسئلة) قال (ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين)

وجهه ان الربا يجري بين العبد وبين سيده فلم يجز ان يبيعه درهما بدرهمين كالاثنين وقال ابن ابي موسى لاربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيد ولهذا جار ان يعجل لسيد ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته اذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك ام

ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه ثبت له الشفعة على سيده ولسيد عليه ويجري الربا بينه وبينه وإنما منع التدري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الراهن من الوطاء مع ثبوت ملكه ولذلك لم يعتق عليه ذور رحمه وإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبي عنه .

(مسئلة) (وان استولد أمته فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها؟ على وجهين)

إذا استولد المكاتب أمته قبل عتقه وعجزه فانها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها نص عليه أحمد لان ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه وكذلك أمه فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة مع المكاتب ان اعتق فهي أم ولده وإن رق رقت ، وقال القاضي في موضع لا تصير أم ولد بحال وله بيعها لأنها حملت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) في الشيوخ رحمه الله (ولا يملك السيد شيئا من كسبه ولا يبيعه درهما بدرهمين)

لا يملك شيئا من كسب المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده لملك ماله وكسبه ومنفعة فلا

ولد ، ووجه قول الخرفي ان السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي بدليل ان لكل واحد منها الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما في يد صاحبه وانما يتعلق لسيدته حق فيما بيده لكونه بعرضية ان يعجزه فيعود اليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينها كالأب مع ابنه فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينها فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنيين ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الأجانب (فصل) فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا تقدماً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلاً واحداً تقاصاً وتساقطاً لانهما اذا تساقطاً بين الأجانب فعلى السيد ومكاتبه أولى ، وإن كانا تقدماً من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لو كان له على سيده ألف درهم واسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرمين

وقال القاضي لا يجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه لا يجوز بين الأجنيين فلم يجوز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيدته له أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز مع التراضي به وعلى قول أبي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به لانه بيع فأما ان كانا عرضين أو عرضاً وتقدماً لم يجوز المقاصة فيها بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من

يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ويجزي الربا بينه وبين سيده لانه معه في باب المعاوضة كالأجنبي وقال ابن أبي موسى لاربا بينها لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده ولهذا جاز ان يجعل لسيدته ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته إذا شرط وله حملت منه صارت له بذلك أم ولد ، ووجه الاول أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي بدليل ان لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما بيد صاحبه وانما يتعلق لسيدته حق فيما بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود اليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينها كالأب مع ابنه فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنيين ولا النساء فيما يحرم فيه النساء بين الأجانب .

(فصل) فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على مكاتبه دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا تقدماً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلاً واحداً تقاصاً وتساقطاً لانهما اذا تساقطاً بين الأجانب فعلى السيد ومكاتبه أولى وإن كانا تقدماً من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرمين .

وقال القاضي لا يجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه

جنس حقه او غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يحز أيضاً لانه بيع دين بدين ، وان قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان ثبت عن سلم لم يحز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن ابي موسى الذي ذكرناه والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قول (وليس للرجل أن يظاً مكاتبته إلا أن يشترط)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في وطئها بغير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهري ومالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (او ماملكت أيمانهم)

ولنا ان الكتابة عقد ازال ملك استخداما وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالزوجة فتيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعتها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق ام الولد فان ملكه باق عليها

لا يجوز بين الاجنبيين فلم يحز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد ائقن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز وان تراضيا به وعلى قول ابن ابي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقاص قبل تراضيهما به لانه بيع فان كانا عرضين أو عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيها بغير تراضيهما بحال سواء كان العوض من جنس حقه أو من غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يحز أيضاً لانه بيع دين بدين وان قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان كان ثبت عن سلم لم يحز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن ابي موسى الذي ذكرناه .

﴿مسئلة﴾ وان جنى عليه فعليه ارش جنائيه

إذا جنى السيد على مكاتبه فلا قصاص عليه لامرين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) أنه ملكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح لانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط ارشه ومتى سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان كقتله فاذا ندمل الجرح وجب له ارشه حينئذ فان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ولكل واحد

وانما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحققت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله

(الفصل الثاني) اذا شرط وطأها فله ذلك وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لا يملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او اعتقها
وقال الشافعي اذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً ، وقال مالك لا يفسد العقد به لانه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح
ولنا قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصيح كشرط استخدامها بحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود مقتضي الحل وطئها انما كان لحقتها فاذا شرطه عاينها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصيح كاشتراط الخدمة وفارق البيع لانه يزول ملكه عنها

(فصل) فان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر لانه وطء يملكه ويباح له فأشبهه وطأها قبل كتابتها وان وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التعزير لانه وطء محرم ولا حد عليه في قول عامة الفقهاء لانعلم فيه خلافا الا عن الحسن والزهرى فانهما قالوا عليه الحد لانه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع

منها مطالبة صاحبه بما يستحقه فان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

﴿مسئلة﴾ وان حبسه مدة فعليه أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة او اجرة مثله
اذا حبسه سيده فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدة في أحد الوجوه (والثاني) يحتسب عليه بمدة لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لان على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخير مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولان حبسه يقضي إلى ابطال الكتابة وتقويت مقصودها وردء الى الرق ولان عجزه عن أداء نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع لذلك ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم تستحق فسخ العقد لذلك (والثالث) يلزم سيده أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة او اجرة مثله فيها لانه وجد سببها فكان للمكاتب أنفعهما .

﴿مسئلة﴾ (وليس له ان يطأ مكاتبته الا ان يشترط)

وطء المكاتبه من غير شرط حرام في قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهرى

وانما انها مملوكته فلم يجب الحد بوطنها كأتمته الستأجرة والمرهونة وتخاف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لا تنزله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد مابق عليه درهم » وعليه مهرها لها لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فكان عليه عوضها كمنافع بدنها (فصل) وان اولدها صارت ام ولد له سواء وطئها بشرط او بغير شرط لانه أحبلها بغير في ملكه فكانت ام ولده كغير المكاتبه والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد الغرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعته في ملكه

(فصل) وليس له وطء بنتها لانها تابعة لامها موقوفة معها فلم يباح وطؤها كامها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد بشرطه فان وطئها فلا حد عليه لانها ملكه ويأثم ويعزر لانه وطئ فراح محرما ولها مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لامها تستعين به في كتابتها لان ذلك سبب حريتها وان أحبلها صارت ام ولده والولد حر لانه أحبلها بغير في ملكه ويلحقه نسبه ولا تنجب عليه قيمتها لان أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعته في ملكه

(فصل) وايس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا فان فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالها وعليه مهرها لسيدتها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة

ومالك والليث واشورى والشافعي وأصاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم)

وانما ان الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالباع والآية مخصوصة بالمرزوجة فيقيس عليها محل النزاع ولان الملك همناضعيف لانه قد زال عن منافها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتنفارق أم الولد فان ملكه باق عليها وانما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحققت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله .

(فصل) فان شرط وطؤها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ايس له وطؤها لانه لا يملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او أعتقها ، رقل الشافعي إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً وقال مالك لا يفسد العقد به لانه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسد كالصحيح .

وانما قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها . يحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضي لحل وطئها انما كان لحقها فاذا اشترطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كن له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع فانه يزيل ملكه عنها .

الملك وتصير ام ولده وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجا بوطئه عن ملكه وكان عليه قيمتها لسيدته ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعت في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكا لسيدها فأشبه ولد المغرور

(فصل) ولا يملك اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج لانه زال ملكه بمقدار الكتابة عن نفعها ونفع بعضهم وعن عوضه وليس لواحدة منهما التزوج بغير اذن لارعايه ضرراً في ذلك فانه يثبت الزوج حقاً فيها فربما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها فان تراضيا بذلك جاز لان الحق لا يخرج عنها وهو وليها وولي ابنتها وجارياتها جميعاً لان الملك له فأشبهه الجارية اتقن والمهر للمكاتبه على ما ذكرنا في مهرهن اذا وطئن السيد

(مسألة) قال (فان وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزاني وكان عليه مهر مثلها)

وجملة الامران السيد إذا وطئ مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا انه لاحد عليه لكن ان كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان احدهما عالماً والاخر جاهلاً عزز العالم وعزز الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طأعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا ولنا انه عقد لازم فلم يفسخ بالمطأوعة على الوطء كالأجارة والبيع بعد لزومه فاما المهر فانه يجب

(مسألة) (وان وطئها من غير أن يشترط أو وطئ أمتها أدب ولم يبلغ به الحد).

اذا وطئها من غير شرط لم يجب عليه الحد لشبهة الملك في قول عامة الفقهاء ، وروي عن الحسن والزهري أنها قالوا عليه الحد لانه عتد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع .

ولنا أنها مملوكته فلم يجب عليه الحد بوطئها كالرهونة والمستأجرة ويخالف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد مابق عليه درهم » وعليه مهرها إذا وطئها بغير شرط ، لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فأشبهه منافع بدننها فان كانا عالمين عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان أحدهما عالماً والاخر جاهلاً عزز العالم وعزز الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طأعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا

ولنا انه عقد لازم فلم يفسخ بالمطأوعة على الوطء كالأجارة والبيع بعد لزومه ويجب لها المهر مطأوعة كانت أو مكروه وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي وقال قتادة يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طأعته ونقله الزني عن الشافعي لان المطأوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وانكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا لا يعرف وقال مالك لا شيء عليه لانها ملكه

لها أكرهها أو غاوعته وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي ، وقال قتادة يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ونقله المزني عن الشافعي لأن المطاوعة بذات نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وأنكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا لا يعرف وقال مالك لا شيء عليه لأنها ملكه

ولنا أنه عوض منفعتها فوجب لها كموض بدنها ولأن المكتبة في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال المطاوعة لأن الحد يسقط عنه لشبهة الملك فوجب لها المهر كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة فإن تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الأول فللثاني مهر أيضاً لأن الأداء قطع حكم الوطء الأول وإن لم يكن أدى عن الأول لم يجب إلا مهر واحد لأن هذا عن وطء الشبهة فلم يكن إلا مهراً واحداً كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) وإذا وجب لها المهر فإن كان لم يحل عايتها نجم فلها المطالبة وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضاً وإن كان من جنسه تقاصاً وأخذ ذو الفضل فضله

﴿ مسألة ﴾ قال (فإن علنت منه فهي مخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضي على كتابتها فإن أدت عتقت وإن عجزت عتقت بموته وإن مات قبل عجزها انتمت لأنها من أمهات الأولاد ويسقط عنها ما بقي من كتابتها وما في يدها لورثة سيدها)

ولنا أنه عوض منفعتها فوجب لها كموض بدنها ولأن المكتبة في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال المطاوعة لأن الحد سقط عنه للشبهة فوجب لها المهر كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة، فإن تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الأول فللثاني مهر أيضاً لأن الأداء قطع حكم الوطء وإن لم يكن أدى عن الأول لم يجب إلا مهر واحد لأن هذا عن وطء الشبهة فلم يجب إلا مهر واحد كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) فأما أن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا مهر ولا تعزير لانه وطء يملكه ويباح له فأشبهه وطأها قبل كتابتها ، وإذا وجب لها المهر بالوطء فإن لم يحل عايتها نجم فلها المطالبة وإن كان قد حل عليها وكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة أيضاً به وإن كان من جنسه تقاصاً وأخذ ذو الفضل فضله .

﴿ مسألة ﴾ (فإن أولدها صارت أم ولده سواء وطئها بشرط أو بغير شرط)
لأنه أحبلها بحر في ملكه فكانت أم ولد كغير المكتبة والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبهه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لأنها وضعت في ملكه

وجملته ان السيد إذا استولد مكاتبته فالولد حر لانه من مملوكته ونسبه لاحق به ولا تجب قيمته لذلك وتصير أم ولده لذلك ولا تبطل كتابتها لانه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهري ومالك والثوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقول الحكم تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاء كالنديير

• وانا أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كاتعاق بصفة وما ذكره يبطل بالتعليق بالصفة وتقارق الكتابة انديير من وجوه (احدها) ان حكم انديير والاستيلاء واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاء أقوى لانه يعتير من رأس المال ولا سبيل الى إبطاله بحال فاستغني به عن انديير والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالاداء ويكون مافضل من كسبها لها ويملك بها منافعتها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاء فيجب ان تبقى ابقاء فثمتها (الثاني) ان الكتابة اقوى من انديير لازومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا يدع السكاتب ولا هبته

(الثالث) ان انديير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم فاذا ثبت هذا فانه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لان انضمام احدهما

(فصل) وليس له وطء بنت مكاتبته لأنها تابعة لها موقوفة معها فلم يبيح وطؤها كأنها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحاً حل العقد فيشرط فان وطئها فلا حد عليه ويأثم ويعزر لانه وطئ وطئاً محرماً ولها المهر حكمه حكم كسبها يكون لامها تسعين يه في كتابتها لان ذلك سبب حريتها فان احبها صارت أم ولده والولد حر لانه أحبها بحر في ملكه ويباحته نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان امها لا يملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعت في ملكه

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبه ولا مكاتبته اتفاقاً فان فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة المالك لانه يملك مالها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة المالك وتصير أم ولده وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجها بوطئه عن ملكه ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعت في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجها بوطئه عن أن يكون مملوكاً لسيدها فأشبه ولد المغرور

(فصل) ولا يملك السيد اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمها على التزويج لانه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بعضها وعن عوضه وايس لواحدة ممنهن التزويج بغير إذنه لان عليه ضرراً في ذلك فانه يثبت حقاً للزوج فيها فربما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها فان تراضيا بذلك (المغني والشرح الكبير) (٥٠) (الجزء الثاني عشر)

الى الآ خر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فان أدت عتقت بالمكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان المعتق بالمكتابة له ما فضل من نجومه وان عجزت وردت في الرق بطل حكم المكتابة وبقي لها حكم الاستيلاء منفرداً كما لو لم تكن مكتابة وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعق بموته وما في يدها لورثة سيدها وإذا مات سيدها قبل عجزها انعتقت لانها ام ولد وتسقط المكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعق وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب لانها عتقت بحكم الاستيلاء وبطل حكم المكتابة فأشبهت غير المكتابة وقال القاضي في المجرى وابن عقيل في كتابه ما فضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق إذا وقع في المكتابة لا يبطل حكمها كالأبراء من نجوم المكتابة ولان ملكها كان ثابتاً على ما في يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وتقرير ملكها وخلصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح والله أعلم (فصل) وان اعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها وما في يدها لها في قول القاضي ومن وافقه فأما على قول الخرقي ومن وافقه فقياسه ان يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاء ويحتمل ان يكون لها على قولهم أيضاً لان السيد اعتقها برضاه فيكون رضا منه باعطائها ما لها بخلاف العتق بالاستيلاء فانه

جاز لان الحق لا يخرج عنها وهو وليا وولي ابنها وجاريتها جميعا لان الملك له فأشبهه الجارية القن والمهر للمكتابة على ما ذكرنا في مهرهن اذا وطئن السيد

﴿ مسألة ﴾ (فان أدت عتقت وان مات سيدها قبل أدائها عتقت وسقط ما بقي من كتابتها وما في يدها لها إلا ان يكون بعد عجزها وقال أصحابنا هو لورثة سيدها وكذلك الحكم فيما اذا اعتق المكتاتب سيده)

قد ذكرنا أن السيد اذا استولد مكاتبته صارت أم ولد له والولد حر ونسبه لاحق به ولا تبطل كتابتها بذلك لانها عقد لازم من جهة سيدها وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيها سبق صاحبه ثبت حكمه هذا قول الزهري ومالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الحاکم تبطل كتابتها لانها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاء كالتيدير

ولنا أنها اعتد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولانها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم يبطل بذلك كالتعليق بصفة وما ذكره يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق المكتابة التديير من وجوه (أحدها) أن حكم التديير والاستيلاء واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاء أقوى لانه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى ابطاله بحال فاستغني به عن التديير والمكتابة سبب يتمجل به العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها وتملك بها منافعتها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاء فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها

حصل بغير رضا الورثا واختيارهم ولانه لو كان مال المكاتب يصير للسيد باعتاقه لتمسك السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فحق كان له غرض في أخذ ماله اما لكثرة وفضله عن نجوم كتابته وإما لغرض له في بعض اعيان ماله اعتقه وأخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع

(فصل) وان أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كالألم سواء لانه بائع لها فيثبت له ما يثبت لها وان ماتت المكاتبه بقي للولد سبب الاستيلاء وحده وان اختلفا في ولدها قتالت ولده بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقل السيد بل قبله فقال أبو بكر أقول قول السيد مع يمينه

وهذا قول الشافعي لان الأصل كون الأمة وولدها رقيقا لسيدهما انتصرف فيهما وهي تدعي ما يمنع التصرف وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هولي لاسها ولدت قبل بيعها لك وقال المكاتب بل بعد فالتقول قول المكاتب لانها اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتبه لانها لا تدعي ملكه (فصل) إذا كانت الأمة بين شريكين فكتباها ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطي والمكاتبته انما اصة لان الوطء هنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو أكد وأثم اعظم وأدبه أكثر

(اثنى) ان الكتابة أقوى من التدبير المزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا بيع المكاتب ولا هبته

(اثناء) ان التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم . اذا ثبت هذا فانه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأبها ثم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لان انضمام أحدهما الى الآخر مع كونه لا ينافية لا يمنع ثبوت حكمه فان أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان المعتق بالكتابة له مفضل من نجومه وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاء منفردا كما لو لم تكن مكاتبه وله وطؤها وتزويجها واجارتها وتعتق بموته وما في يدها لورثة سيدها فان مات سيدها قبل عجزها عتقت بانها ام ولد وسقطت الكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبدول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب لانها عتقت بحكم الاستيلاء فبطل حكم الكتابة فاشبهت غير المكاتبه وقال القاضي في الجرد وابن عقيل في الفصول ما فضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق اذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من مال الكتابة ولان ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح

وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر فإذا حل نجمها سلمته اليها وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطئ بالمهر وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطئ نصفه وسلمته إلى الآخر وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وإن لم يتفقا قبضته ودفعته مما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وإن عجزت فسحاً الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطئ وإن لم يكن في يدها شيء كان للذي لم يطأ أن يرجع على الواطئ بنصفه لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فإن حبلت منه صارت أم ولده وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً إلا أنه إن كان موسراً آذاه في الحال ، وإن كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخريفي ذكر مثل هذا في باب العتق فعلى هذا تصير أم ولد للواطئ ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقي من كتابتها وتعتبر قيمتها بما تساوي مكاتبته مبقاة على ما بقي عليها من كتابتها واختار القاضي أنه إن كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة الاعتق بالقول يعتبر اليسار في سريته ونصيب الواطئ قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة

﴿مسئلة﴾ (وكذلك الحكم فيما إذا اعتق المكاتب سيده يكون كسبه له في قول القاضي ومن وافقه ، وعلى قياس قول الخريفي ومن وافقه يكون لسيدته كما لو عتقت الامة المكاتبية ويحتمل ان يكون لسيدتها ايضاً على قول الخريفي ومن وافقه لان السيد اعتقه برضاه فيكون رضا منه باعطائه ماله بخلاف العتق بالاستيلاد فانه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولانه لو كان مال المكاتب يصير الى السيد باعتاقه لتمكن السيد من اخذ مال المكاتب متى شاء فتي كان له غرض في اخذ ماله اما لكونه يفضل عن نجوم الكتابة واما الغرض له في بعض اعيان ماله او لكونه يتعجله قبل ان تحل نجوم الكتابة أعتق واخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع (فصل) وان أتت المكاتبية بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها باعتق بكل واحد من السبيين أيها سبق عتق به كالكلام سواء لانه تابع لها فيثبت له ما ثبت لها وان ماتت المكاتبية بقي للولد سبب الاستيلاد وحده فان اختلفا في ولدها فقالت ولده بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقال السيد بل قبله فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي لان الاصل كون الامة وولدها رقيقاً لسيدتها له التصرف فيها وهو يدعي ما يمنع التصرف ثم ، وان زوج مكاتبته أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هو لي لأنها ولدت قبل بيعها لك وقال المكاتب بل بعده فاقول قول المكاتب لانهما اختلفا في ملكه ويد المكاتبية عليه فكان القول قول صاحب اليد من يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتب لانها لا تدعي ملكه

فإن أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاء وإن عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها قن لا يقوم على الوارث وإن كان موسراً لأنه ليس بعتق ، وإن مات الواطيء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وإن كان الواطيء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها الآخر موقوف فإن أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لها ، وإن عجزت وفسخا الكتابة قومناها حينئذ على الواطيء فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها أم ولد له فإن مات عتقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك وتصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتباً للواطيء فإن أدت نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقي لأنه ملكه وعتق جميعها ، وإن عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولد له خاصة فإذا مات عتقت كلها

ولنا إن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطيء ونسبه لاحق به فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتناق فإنه أضعف على ما بيننا من قبل

ولنا على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو استولدها وهي في ملكه وكما لو لم يحمل منه فاما الولد فإنه حر لأنه من وطئ فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ولا يلزمه قيمته لأنها وضعت في ملكه

(فصل) وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئ أحدهما أدب فوق أدب الواطيء الكتابة الخالصة له لأن الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد وأتم أعظم وعليه لها مهر مثلها على ما سلفنا وفيما إذا كان السيد واحداً فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر فإذا حل نجمها سلمته اليهما وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسب على الواطيء بالمهر وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطيء نصفه وسلمته إلى الآخر وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وإن لم يتفقا قبضت ودفعت ما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وإن عجزت ففسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطيء وإن لم يكن في يدها شيء كان الذي لم يطأ أن يرجع على الواطيء بنصفه لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما فإن حبلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً فإن كان موسراً آداه في الحال وإن كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخرقي فـ على هذا تصير أم ولد للواطيء ومكاتبه له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقي من كتابتها وتعتبر قيمتها مكاتبه مبقاة على ما بقي من كتابتها واختار القاضي أنه إن كان معسراً لم يسر الإحبال لأنه بمنزلة

وروي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه (والثانية) عليه نصف قيمته لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكاً لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته، وقال القاضي هذه الرواية أصح على المذهب وذكري هاتين الروايتين أبو بكر واختار أنها أن وضعته بعد التقويم فلا شيء على الواطيء، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته فإن ادعى الواطيء الاستبراء وأنت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكماً، وإن أنت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا أنها كانت حاملاً وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

(فصل) وإن وطأها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها فإن كانت في الحالين على صفة واحدة ففيها سواء في الواجب عليهما وإن كانت بكرًا حين وطأها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فإن كان نجبها لم يحل فإمطالتهما بالمهرين وإن كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاضا على ما ذكرنا في المقاصة فإن أدت إليها عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين وإن عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبض المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء لأنها قبضت ما وهي مستحقة لذلك فإن كانا في يدها قسمتهما وإن تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه وإن كان الفسخ قبل قبض

لا عتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطيء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة فإن أدت إليها عتقت وبطل حكم الاستيلاد ونصفها قن لا يقوم على الوارث وإن كان موسراً لأنه ليس بعق وإن مات الواطيء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وإن كان الواطيء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها الآخر موقوف فإن أدت إليها عتقت كلها ولاؤها لها وإن عجزت وفسخت الكتابة قومناها حيثنذ على الواطيء في دفع إلى شريكه قيمة نصيبه ويصير جميعها أم ولد له فإن مات التقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل عتقها في نصف الشريك ويصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتباً للواطيء فإن أدت نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقي لأنه ملكه وعق جميعها وإن عجزت ففسخت الكتابة كانت أم ولد له خاصة فإذا مات عتقت كلها

ولنا أن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطيء ونسبه لاحق به فينبغي أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتقاد فإنه أضعف على ما بينا من قبل

ولنا على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو

المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ماعليه وان كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منها بقدر أقلها على الآخر بنصف الزيادة وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ماعليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر او قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الاكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها وان أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الأفضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فوجب في الامة ثلث قيمتها مع المهر (فصل) ويحتمل أن يلزمه في الأفضاء قدر نقصها، وقال القاضي تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي والخلاف في ذلك فرع على الواجب في أفضاء الحرة وقد ذكرناه فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر بنصف قيمة الأفضاء على الخلاف الذي ذكرناه، وان ادعى كل واحد منهما على الآخر انه الذي أفضاها او وطئها حلت كل واحد منهما وبرى، وان نكل أحدهما قضي عليه وان كان الخلاف في ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فاقول قوله مع يمينه وان ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

(فصل) فان أولدها كل واحد منهما وانتقل على السابق منها فعلى قول الحنفي تصير ام ولده وولده حر لاحق النسب به والخلاف في ذلك كالحلاف فيما اذا انفرد بإيلادها سواء وما الثاني فعلى قول الحنفي قد وطئ ام ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير ام ولد له لانها

استولدها وهي في ملكه أو كما لو لم تحبل منه وأما الولد فهو حر لانه من وطئ فيه شبهة ونسبه لاحق به لذلك ولا تلزمه قيمته لانها وضعت في ملكه وروي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه (والثانية) عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف ان يكون مملوكا لشريكه فقد أثبت رقه عليه فكان عليه نصف قيمته قال القاضي هذه الرواية أصح في المذهب وذكرها تين الروايتين أبو بكر وذكر أنها ان وضعت بعد التقويم فلا شيء على الواطئ وان وضعت قبل التقويم غرم نصف قيمته فان ادعى الواطئ لها الاستبراء فانت بالولد لاكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها وان أتت به لاقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها)

فان كانت في الحائض على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليها وان كانت بكرًا حين وطئها الاول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فان كان نجبها لم يحل فاتها مطالبتها بالمهرين وان كان قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة فان أدت اليها عمتت وكان لها المطالبة بالمهرين وان عجزت نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين وكانا سواء لم يملك أحدهما

مملوكة غيره فاشبه مالو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه فكان من سبيله أن يكون رقيقاً له حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافاً فان قلنا بوجوبها تقاصاً بما لكل واحد منهما على صاحبه في القدر الذي تساوا فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال أمكن التقويم فيها وذكر القاضي في هذه المسئلة أربعة أحوال

(احدها) ان يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا إلا انه جعل المهر الواجب على الثاني للاول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح لان الكتابة لا تبطل بالاستيلاد ومهر المكتوبة لها دون سيدها ولان سيدها لو وطئها لوجب عليه المهر لها فلان لا يملك المهر الواجب على غيره اولى ، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها

(الثاني) ان يكون الاول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الذي قبله سواء قال القاضي: الا ان ولده يكون مملوكاً لاعساره بقيمته وهذا غير صحيح لان الولد لا يرق لاعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة والوطء بشبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يخنك بالاعسار واليسار وإنما يعتبر اليسار في سرية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية انما هو لاجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه والصحيح انه حر وتجب قيمته في ذمة أبيه

مطالبة الآخر بشيء لانها قبضتها وهي مستحقة لذلك فان كانا في يدها اقتسماهما وان تلقا أو بعضهما فلا شيء لهما لان السيد لا يثبت له دين على مملوكه وان كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه وان كان أحدهما أقل من الآخر تقاصاً منهما بقدر أقلهما ويرجع من عليه أقلهما على الآخر بنصف الزيادة وان قبضت من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الاكثر على الآخر بنصف الزيادة التي اداها فان افضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الافضاء في الحرة يوجب ثلث ديته فيوجب في الامة ثلث قيمتها وهو مذهب الشافعي وهذا الخلاف مبني على الواجب في افضاء الحرة وسنذكره ان شاء الله تعالى فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر بنصف قيمة الافضاء على الخلاف المذكور فان ادعى كل واحد منهما على الآخر انه الذي افضاها او وطئها حلف كل واحد منهما وبرى وان نكل أحدهما قضي عليه وان كان الخلاف قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه وان ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت من أحدهما صارت ام ولد له) ويغرم لشريكه نصف قيمتها وهل يغرم نصف قيمة ولدها ؟ على روايتين

(الحال الثالث) ان يكونا معسرين فانها تصير ام ولد لها جميعاً نصفها ام ولد للاول ونصفها ام ولد للثاني قال وعلى كل واحد منها نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منها وجهان (أحدهما) أنه يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه

(والثاني) نصه حر وباقيه عبد لشريكه الا أن نصف ولد الاول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام ، وأما النصف الباقي من ولد الثاني فخكه حكم أمه لانه ولد منها بعد ان ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للاول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد ما اذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما اذا كانت باقية على الكتابة فان لها المهر كاملاً على كل واحد منها واذا حكم برق نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكاتبه يكون تابعاً لها

(الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فخكه حكم الثالث سواء إلا أن ولد الثاني حر لان الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى إلى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم أمه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية في الام منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذه المسئلة قريب مما ذكر القاضي

وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه فيما إذا وطئها احدهما

﴿مسئلة﴾ (وان اتت بولد والحق بهما صارت ام ولد لها يعتق نصفها بموت احدهما وباقيها بموت الآخر كالمالك كان سيدها واحداً واستولدها فانها تعتق بموته وعند القاضي لا يسري استيلاد احدهما إلى نصيب شريكه)

لانه انعقد له سبب استحقاقه للولاء على نصيبه بالكتابة فلم يحز ابطاله بالسراية الا ان يعجز فينظر حينئذ فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وإلا فلا وقد ذكرنا قول القاضي واجبنا عنه فيما سبق (فصل) فاما ان اولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقى تصير ام ولد له وولده حريته نسبه والخلاف في ذلك كالخلاف فيما اذا انفرد بإيلادها سواء ، وأما الثاني فقد وطئ ام ولد غيره بشبهة واولدها فلانصير ام ولد له لأنها مملوكة غيره فاشبه ما لو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه وكان من سبيله ان يكون رقيقاً له حكمه حكم امه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافاً فان قلنا بوجوبها تقاصاً بما لو احدهما على صاحبه في القدر الذي تساوى فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال امكن التقويم فيها وذكر القاضي في المسئلة اربعة احوال

(فصل) وإن اختلفا في السابق منها فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لأنه يقول صارت أم ولد لي باحبابي إياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لأنه يقول أولدتها بعد أن صارت أم ولد لي وهل يكون مقرراً له بنصف قيمة ولده؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا أن استوى ما يدعيه وما يقر به تقاضا وتساقطا ولا يمين لواحد منهما على صاحبه لأنه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطا وإن زاد ما يقر به فلا شيء عليه لأن خصمه يكذبه في إقراره، وإن زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة، ويثبت الامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لا قراره بذلك. ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

وقال أبو بكر في الامة قولان (أحدهما) يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما قال وبالأول أقول، وأما القاضي فاختر أنهما إن كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لأن المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الأول لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر، وأما إذا مات الآخر عتقت لأن سيدها قد مات يقيناً وإن كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بأن نصفها أم ولده ويصدق الآخر لأن الاستيلاء لا يسري مع الأعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدق

(أحدها) أن يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا إلا أنه جعل المهر الواجب على الثاني للأول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح هذا لأن الكتابة لا تبطل بالاستيلاء ومهر المكتبة لها دون سيدها ولأن سيدها لو وطئها وجب عليه المهر لها فلا أن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ولأنه عوض نفعا فكان لها كأجرتها

(الثاني) أن يكون الأول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الأول سواء قال القاضي إلا أن ولده يكون مملوكاً لأعساره بتميمته وهذا غير صحيح لأن الولد لا يرق بأعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة والوطء بشبهة وكل موضع حكماً بحرية الولد لا يختلف بالأعسار واليسار وإنما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لأجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار التساوي فيه والصحيح أنه حر وتجب قيمته في ذمة أبيه

(الحال الثالث) أن يكونا معسرين فأنها تصير أم ولد للأول ونصفها للثاني قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان (أحدهما) أن يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه (والثاني) نصف حر وباقيه عبد لشريكه إلا أن نصف الولد الأول عبد قن لأنه تابع للنصف الباقي من الأم وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاء للأول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد

فیتقاصان ان تساويا وان فضل أحدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به ، وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولدان بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان تساوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين فأيهما مات عتق نصيبه وولأؤه له وان كان أحدهما موسراً أو الآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لاستواءهما فيه ويدفع المعسر الى الموسر نصف قيمة الولد لاقراره به ويحلف على ما يدعي عليه من الزيادة لانه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه

فاما الجارية فان نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيها يتنازعا فان مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولأؤه لورثته فإذا مات المعسر عتق باقيها وان مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء فإذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول أبي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه

ما إذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما إذا كانت باقية على الكتابة فلها المهر كاملاً على كل واحد منهما إذا حكم برق نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكاتبه يكون تابعاً لها (الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فخكمه حكم اثالث سواء الا ان ولد الثاني حر لان الحرية ثابتة لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى الى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم امه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاء السراية في الام منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكر القاضي

(فصل) وإن اختلفا في السابق منها فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لانه يقول صارت أم ولد لي باحبابي اياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لانه يقول اولدتها بعد أن صارت أم ولد لي وهل يكون مقراً لها بنصف قيمة ولدها ؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا ان استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ولا يمين على صاحبه لانه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطا وان زاد ما يقر به فلا شيء عليه لان خصمه يكذبه في اقراره وان زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ويثبت للامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لاقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

(فصل) فان وطئها معا فأنت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما او بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما او قبل مضي ستة اشهر منذ وطئها كل واحد منهما فان الولد مني عنهما وهو مملوك لهما حكمه حكم أمه في العتق بادائها، وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه لان دعوى الاستبراء في الامة كالأمان في الحرمة (القسم الثاني) أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك. وأما الذي لم تحبل من وطئها فان كان الاول فعليه المهر لها وان كان هو الثاني فقد وطئ أم ولد غيره فان كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً وان كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب للثاني على الاول نصف قيمتها، وفي قيمة نصف الولد روايتان فان كان المهر للأول تقاصاً بقدر أقل الحقين وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحباها وأما القاضي فقال في هذا انقسم الحكم في الاول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ماضى من التفصيل والتطويل

وأما الثاني فان وطئها بعد ولادتهما من الاول نظرنا فان وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للاول فعليه مهر

وقال أبو بكر في الامة قولان (أحدهما) ان يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما قال وبالأول اقول وأما القاضي فاختر انهما ان كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لان المهر عندهم أسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الاول لاحتمال ان تكون أم ولد للآخر فاذا مات الآخر عتقت لان سيدها قد مات يقيناً وان كانا معسرين فكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصفها أم ولده ويصدق له الآخر لان الاستيلاد لا يسري مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدق فيتقاصان ان تساويا وان فضل أحدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وان كان كل واحد منهما يقر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بان نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولد بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان استوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين وأيهما مات عتق نصيبه وولائه له وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف قيمة الامة ونصف مهر مثلاً ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرارا للموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدق فيه ويتقاصان بالمهر لا ستواءهما فيه ويدفع المعسر الى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ويخلف على ما يدعيه عليه من الزيادة لأنه ادعى عليه

مثلاً فإن كان فسخ الكتابة في حق نفسه لمعجزها فالمهر له لأنها أم ولده وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين وإن وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بانها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهرها لأن نصفها قن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ الكتابة أو له إن كان فسخ وإن كان الأول معسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عليها المهران والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم فاما إن كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الأول كالحكم فيه إذا وطئ منفرداً فلم يجعلها

وأما الثاني فإن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فإن فسخا الكتابة قومناها عليه وصارت أم ولده وإن رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الأول وصارت كلها أم ولده ونصفها مكاتب ويرجع الأول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الرويتين ويرجع الثاني على الأول بنصف المهر فيقتاضان به أن كان باقياً عليها وإن كان اثني معسراً فالحكم فيه كالوولد من الأول وكان معسراً لافضل بين المسئلتين

(انقسم الثالث) أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما فإنه يرى اتقافة معهما فيلحق بمن أحقوه به منهما فن ألحق به فحكمه حكم ماله عرف أنه منه بغير قافة

جميع قيمة الولد فاقرله بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه وأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيه يتنازعانه فإن مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولأؤه لورثته فإذا مات المعسر عتق باقيةا وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء فإذا مات الموسر عتق جميعها ويحيى على قول أبي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه (فصل) فإن وطئها معاً فأت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام

(أحدها) أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما فيكون منفيًا عنهما مملوكا لهما حكمه حكم أمه في العتق بادائها وتقبل دعوى الاستبراء من كل واحد منهما لأن دعوى الاستبراء في الامة كاللعان في الحرة

(القسم الثاني) أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه والحكم فيه حكم ما إذا ردت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك فاما الذي لم يخل من وطئها فإن كان الأول فعليه المهر لها وإن كان الثاني فقد وطئ أم ولد غيره فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضا وإن كانت قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب لثاني على الأول نصف قيمتها وفي قيمة نصف الولد روايتان فإن كان المهر للأول تقاضا بقدر أقل الحقين وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها وأما القاضي فقال في هذا القسم الحكم في الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل وأما الثاني فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا فإن وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للأول فعليه مهر مثلاً فإن كان فسخ الكتابة في حق نفسه لمعجزها فالمهر له لأنها أم ولده وإن

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا كاتب نصف عبد فادى ما كتب عليه ومثله لسيدته صار حراً بالكتابة ان كان الذي كاتبه معسراً وان كان موسراً عتق عليه كلاً وصار نصف قيمته على الذي كاتبه لشريكه)

وجملته ان الرجل اذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه سواء كان باقيه حراً أو مملوكاً لغيره وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن هذا ظاهر كلام الخرقى وابي بكر وقول الحكم وابن ابي ليلى ، وحكى ذلك عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعمري وكره الثوري وحماد كتابته بغير اذن شريكه

وقال الثوري ان فعل رددته إلا ان يكون تقده فيضمن لشريكه نصف ما في يده ، وقال ابو حنيفة تصح باذن الشريك ولا تصح بغير اذنه وهذا أحد قولي الشافعي إلا ان أبا حنيفة قال اذنه فيما مضى في ذلك يقتضي الاذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعي في أحد قوايه ان كان باقيه حراً صحت كتابته وإن كان باقيه مملوكاً لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك ام لم يأذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في رد الكسب والمسافرة وملاك نصفه

كان لم يفسخ فالمر بينه وبينها نصفين وان وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهر لأن نصفها قن له وعليه النصف لها ان لم يكن الأول فسخ الكتابة أوله ان فسخ وإن كان الأول معسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما اذا عجزت أو أدت قد تقدم فأما ان كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الأول كالحكم فيه اذا وطئ منفرداً ولم يجباها، وأما الثاني فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فان فسخ الكتابة قومناها عليه وصارت ام ولد له وان رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها ام ولد له ونصفها مكاتب ويرجع الاول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على احدى الروايتين ويرجع الثاني على الاول بنصف المهر فيقتصان به ان كان باقياً عليهما وان كان الثاني معسراً فالحكم فيه كما او ولدت من الاول وكان معسراً لا فصل بين المسلتين

(القسم الثالث) أمكن ان يكون الولد من كل واحد منهما فيرى القافة معهما فيلحق بمن الحقوه به منهما فمن الحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه بغير قافة

﴿مسئلة﴾ (ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب)

وعمن قال يجوز بيع المكاتب عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من قال لا يجوز وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فممنوع بيعه كبيعته

يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولأنه إذا أدى عتق جميعه فيؤدي الى أن يؤدي نصف كتابته ويعتق جميعه

ولنا انه عقد معاوضة على نصفه فصاح كبيعه ولأنه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولأنه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقيين

وقولهم انه يقتضي المسافرة والكسب وأخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد أما الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه وأخذه الصدقة بحزئه بالمكاتبه ولا يستحق الشريك شيئاً منه لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك فيما حصل به كما لو ورث شيئاً بحزئه الحر وأما الكسب فإن حايأه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وإن لم يهايته فكسب بجملة شيئاً كان بينها له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لأنه كسبه بحزئه المملوك فيه فاشبهه مالوكسب قبل كتابته فيقسم بين سيده

وقولهم انه يفضي الى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما لو عتق نصيبه على أداء مال فإنه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على اننا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فإن جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ،

لاجنبي وعتقه، وقال الزهري وأبو الزناد يجوز بيعه برضاه ولا يجوز بغيره وحكي ذلك عن أبي يوسف لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ولأن لسيده استيفاء منافع برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه ولنا ما روى عروة عن عائشة أنها قالت جاءت بريرة إلى فقالت يا عائشة اني كاتبته اهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فأعينني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونفست فيها ارجمى إلى أهلك ان أحوا أن أعطيهم ذلك جميعاً ففعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لا يمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي إنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد فما بال ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ، قال ابن المنذر بيعت بريرة بلم النبي ﷺ وهي مكاتبه لم ينكر ذلك ففي ذلك إيبان ان بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلاً على عجزها وتاويله الشافعي على انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج الى دليل في غاية القوة وليس في الخبر ما يدل عليه بل قولها أعينني على كتابتي دليل على بقائها على المكاتبه ولأنها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى المعجز إلا بحلول

ولانه لا يعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه فاذا جاز جميعه باعتاق بمضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق

اذا ثبت هذا فانه اذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتمد الجزء الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع وايس للعبد ان يؤدي الى مكانه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيبه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له ولا يقتضي ان يكون معروفاً في الكتابة هذا اذا كان الكسب بجميعه فان أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق براءته من "عوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له وان أدى اليها جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سري الى سائرته وان كان الذي كاتبه موسراً لان عتقه بسبب من جهة فلزمت قيمته كما لو باشره بالعتق أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها وبرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق ، فأما ان ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب مثل ان هاباه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو اعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته لانه انما استحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقي بعد اعطاء الشريك حقه فلو كان ثلثه حراً وثلثه مكاتباً وثلثه رقيقاً فورث بجزئه

نجمين او بمضي عام عند الآخرين والظاهر ان شراء عاتشة لها كان في اول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حرثها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبهه لوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا قل ابن أبي موسى هل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما كان عليه ؟ على روايتين ولان المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولان مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه إذا لم يملك ما يؤدي لقول النبي ﷺ « إذا كان لاحدا كن مكاتب فملك ما يؤدي فانتحجب منه يدل بمنهومه على أنها لا تحتجب منه قبل ذلك وإنما سقط الحجاب عنه لكونه مملوكها ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ولانه يرجع عند العجز الى كونه قزاولو صار حراً ما عاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لانه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد انما هو اسقاط للملك فيه وأما بيعه فلا يمنع للشترى بيعه وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا .

(فصل) وتجوز هبته والوصية به وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصوص عليه يثبت الحكم فيه .

(فصل) ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب .

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها لانه في هذا خلافاً قال ابن المنذر

الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لانه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق مالكة منه شيئاً وإذا أدى جميع كتابته عتق فإذا كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق الاعلى الرواية التي تقول فيها بالاستسعاء فإنه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب وان كان موسراً سرى الى باقيه

(فصل) وإذا كان العبد كله مملوكا لرجل فكاتب بعضه جاز قاله أبو بكر لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فإذا أدى جميع كتابته عتق كله لانه اذا سرى العتق فيه الى ملك غيره فالى ملكه اولى ويجب ان يؤدي الى سيده مثلي كتابته لان نصف ما يكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدي في الكتابة الا ان يرضي سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

(فصل) وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا جاز سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلف وسواء كان في عقد واحد أو عقدين وهذا قال أبو حنيفة وقل الشافعي لا يجوز ان يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولان التساوي في المال منع التفاضل في الملك لان ذلك يؤدي الى ان ينتفع احدهما بالآخر لانه اذا دفع الى أحدهما أكثر من قدر مالكة ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

ولنا ان كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز ان يختلفا في العوض كالبيع وما ذكره

أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤدياً ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا يبطل بالبيع كالأجارة والنكاح ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما كان عند البائع مبقى على ما بقي من كتابته يؤدي الى المشتري ما كان يؤدي الى البائع

﴿ مسألة ﴾ (فان أدى عتق وولاه له وان عجز عاد قنا له ، وإن لم يعلم انه مكاتب فله الرد والارش)

إذا أدى الى المشتري عتق لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار المشتري هو المعتق وولاه له لقول رسول الله ﷺ « إنما الولاء لمن اعتق » وقد دل عليه حديث بريرة لانه جعل ولاءها لعائشة حين اشتريها واعتقتها وان عجز عاد قنا له لانه صار سيده فقام مقام المكاتب وان لم يعلم انه مكاتب ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطاء ان كانت أمة فملك الفسخ كسواء الامة المزوجة فيخير حينئذ بين الفسخ والرجوع بالتمن وبين الامساك مع الارش على ما ذكرنا في البيع .

لا يلزم لان انتفاع احدهما بمال الآخر انما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليها على التساوي واذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر المالكين فلم يكن احدهما منتفعا الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة الى حكم الرق كأنه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليها ويلزم منه وفاء كتابة احدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته قلنا يمكن أداء كتابته اليها دفعة واحدة فيعتق عليها ويمكن ان يكاتب احدهما على مائة فينجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين فينجمين في النجم الاول خمسون

وفي الثاني مائة وخمسون ويكون وقتها واحدا فيؤدي الى كل واحد منهما ما حقه على ان اصحابنا قالوا لا يسرى العتق الى نصيب الآخر مادام مكانا فعلى هذا التول لا يفضي الى ما ذكره على انه وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن وجود سرية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقي المال وحصل له ولاء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكن قدر رضي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فإنه يعتق عليه ويسرى عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز ولا يجوز ان يختلفا

(فصل) فاما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح وبهذا قال ابو حنيفة والثاقي وبابو ثور وقال عطاء وعمر بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالأداة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض فان باعه فالبيع باطل وليس المشتري مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالتمن على البائع ان كان دفعه اليه وان سلم المكاتب الى المشتري نجومه ففيه وجهان

(احدهما) يعتق لان البيع يضمن الاذن في القبض فاشبه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستأنبه في القبض وانما قبض نفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض فاسداً فلم يعتق بخلاف وكيله فانه استأنبه واو صرح بالاذن لم يكن مستأنباً له في القبض وانما اذنه في القبض بحكم المأوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالاداء برىء المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كاللئب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أفاعلهما ورجع ذو الفضل بنصفه وان قلنا لا يعتق بذلك فالكتابة باق في ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما

في التنجيم ولا في أن يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخر في أحد الوجهين
لأنه لا يجوز أن يؤدي إليه الأعلى سواء ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر واختلافهما في
مهمات النجوم وقدر المؤدى فيهما يفضي إلى ذلك

(والتاني) يجوز لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من
الواجب له ويمكن أن يأذن له أحدهما في الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن أن ينظره من
حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن إفضاء العقد إلى مقصوده فلا يبتلله
باحتمال عدم الإفضاء إليه .

(فصل) وليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر
ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً لانهما سواء فيه فيستويان في كسبه
وحقهما متعلق بما في يده تعاقباً واحداً فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ولأنه ربما
عجز فيعود إلى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه
به مدة فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض والآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن
أذن في القبض وإن أذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يصح لأن المنع لحقه فجاز بأذنه
كما لو أذن المرتهن للراهن في التصرف فيه أو أذن البائع للمشتري في قبض البيع قبل توفية ثمنه أو

دفعه إليه ويرجع المشتري على البائع فإن سلمه المشتري إلى البائع لم يصح تسليمه لأنه قبضه بغير إذن
المكاتب فأشبهه ماله وأخذ من ماله بغير إذنه وإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعاً بما لكل
واحد منهما على الآخر وإن باعه مأخذه بماله في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه
السيد باقياً وإن كان قد تلف ووجب قيمته وكان من جنس مال الكتابة تقاصاً وإن كان المقبوض
من جنس مال الكتابة فتحاسباً به جاز

(فصل) وإذا كان للمكاتب ولد تبعه في الكتابة فباعها صح لانهما ملكه ولا مانع من
بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما
الرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

(أحدهما) أنه لا يجوز التفريق بين الوالد وولده في البيع إلا بعد البلوغ على إحدى الروايتين
(والثاني) أن الولد تابع لوالده وله كسبه وعليه نفقته فصار في معنى مملوكه فلم يجوز التفريق بينهما على
الرواية الأخرى يحتمل أن يجوز بيعه بعد البلوغ لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون
عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لوالده كسبه وعليه نفقته وأرش جنائته ويعتق بعته
كما لو يبيع مع والده

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لأنه مع سيده في المعاملة كالاجنبي ولذلك جاز دفع زكاته

اذنا للمكاتب في التبرع ولائهما لو اذنا له في الصدقة بثيء صح قبض المتصدق عليه له كذلك ههنا (واثنائي) لا يجوز وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المازني لأن ما في يد المكاتب ملك له فلا ينأذ اذن غيره فيه وإنما حق سيده في ذمته الأول اصح ان شاء الله تعالى لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع وقولهم انه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لأن كونه ماسكا له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وإنما المنع لتعاقب حق سيده به فإذا اذن زال المانع فصح التقييض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل فلي هذا الوجه إذا دفع الى أحدهما مال الكتابة بأذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ويسري العتق الى باقيه وعالية قيمة حصته شريكه لأن عتقه بسببه هذا قول الخرقي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقي عليه من كتابته وولاءه كله له وما في يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد لأن الكسب كان ماسكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وإنما يسري عند عجزه فعلى قولها يكون باقياً على الكتابة فان أدى الى الآخر عتق عليهما وولاءهما وما بقي في يده من كسبه

اليه فان قال ضعوا عن مكاتب بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ما شاءوا قليلاً كان أو كثيراً وقد ذكرنا نحوه في الوصايا

﴿مسألة﴾ (وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخرين صح شراء الأول وبطل شراء اثنائي وسواء كانا لواحد أو لثنين)

لا خلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا في الصحيح من المذهب فإذا اشترى أحدهما الآخر صح شراؤه وملكه لأن التصرف صدر من أهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لثنين فإن عاد اثنائي فاشترى الذي اشتراه لم يصح لأنه سيده وما ملكه وليس للمالك أن يملك ما ملكه لأنه يفضي إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولي عليك مال الكتابة تؤديه الي وان عجزت فلي فسح كتابتك وردك الى ان تكون رقيقاً وهذا تناقض وإذا تناقض بملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ما ملكه عليها في النكاح فههنا أولى ولأنه لو صح هذا لتقاصا الدينين إذا تساويا وعتقا جميعاً

إذا ثبت هذا فشراء الأول صحيح والمبيع منهما باق على كتابته فان أدى عتق وولاءه موقوف فان أدى سيده كتابته كان الولاء له لأنه عتق بادائه اليه وان عجز فولاءه لسيده لأن العبد لا يثبت له ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر أن الولاء

فهو له وان عجز وفسخت كتابته قوم على الذي أدى اليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة في نصفه وان مات فقدمت ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يعتق نصيبه ان يأخذ ما خلفه مثل ما أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى اليه بالولاء وان قلنا لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير اذنه سواء وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً وان مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذه صاحبه والباقي بينهما قال احمد في رواية بن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فادى الى احدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه قال احمد كما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما اخذ وميراثه بينهما قال ابن منصور قال اسحاق بن راهويه كما قال (فصل) وان عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والامضاء فان فسخا جميعا او امضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسخ احدهما وامضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً فلهما نصفه مكاتباً وقال القاضي تنفسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخ الكتابة اليه ناقصاً

لسيده لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ذكر ذلك فيما إذا أعتق باذن سيده او كاتب عبده فأدى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينهما لكون العتق ثم باذن السيد فيحصل الانعام عنه باذنه فيه وههنا لا يفتقر إلى اذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجز سيده

﴿مسئلة﴾ (فان لم يعلم السابق منهما فسد البيعان)

وهذا قول أبي بكر ويرد كل واحد منهما الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين وذكر القاضي انه يجري مجرى ما اذا زوج الوليان فأشكل الاول منهما فيقتضي هذا ان يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان ، وعلى قول أبي بكر لا يحتاج الى الفسخ لان النكاح انما احتيج فيه الى الفسخ من اجل المرأة فانها منكوحة نكاحاً صحيحاً لو احدى منهما يقيناً فلا يزول الا بفسخ وفي مسئلتنا لم يثبت يقين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ

﴿مسئلة﴾ (وان اسر العدو المكاتب فاشتره رجل فأحب سيده اخذه بما اشتراه والا فهو عند مشتره مبيع على ما بقي من كتابته يمتق بالاداء وولاؤه له)

إذا اسر الكفار مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فان اخذ في الغنائم فلم بحاله أو ادركه سيده قبل قسمه اخذه بغير شيء وهو على كتابته كمن لم يؤسر وان لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بمض الغنائم أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه او من المشركين واخرجه الى سيده

وانما انها كناية في ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابته ولانها عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع وما حصل من النقص لا يمنع لانه انما حصل ضمنا لتصرف الشريك في نصيبه فلم يمنع كاعتاق الشريك ولان من أصلنا انه تصح مكاتبه أحدهما نصيبه فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان يبطل في دوايه أولى ولان ضرره حصل بمقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وايس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ باولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ بل دفع الضرر عن الذي لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة (أحدها) ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول عقده وفسخ تصرفه في ملكه (والثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكره من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التي وقع الاجماع على اطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى (الثالث) ان ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح

فان السيد أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى انه اذا قسم فلا حق لسيدة فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فان سيدة ان اخذه فهو مبقى على ما بقي من كتابته وان تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء في الموضعين وولاؤه لمن يؤدي اليه كما لو اشتراه من سيدة

وقال ابو حنيفة والشافعي لا يثبت عليه ملك للكفار ويرد الى سيدة بكل حال ووافق ابو حنيفة والشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لانهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبهها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على ان ما ادركه صاحبه مقسوما لا يستحق صاحبه أخذه بغير شيء وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي ان المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يعني عن اعادته ههنا (فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها عند الكفار؟ على وجهين

(أحدهما) لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فاذا لم يحصل ذلك لم يحتسب كما لو حبسه سيدة فعلى هذا يبني على ما مضى من المدة قبل الاسر وتلغى مدة الاسر كأنها لم توجد

(والثاني) يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيدة فاحتسب عليه بها كرضه ولانه مدين مضت مدة من اجل دينه في حبسه فاحتسب عليه كسائر الغرماء وفارق ما إذا حبسه سيدة بما ذكرناه فعلى هذا اذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبة به وان حل ما يجوز تعجيله بترك ادائه فليسيدة تعجيله وردا الى الرق وهل له ذلك بنفسه او يحكم الحاكم؟ فيه وجهان

(مسئلة) قال (واذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولاً ثم زكاه ان

كان نصاباً)

وجملته ان المكاتب لازكاة عليه بلا خلاف فعلمه فاذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ فيبتدىء حول الزكاة من يوم عتق فاذا تم الحول وجبت الزكاة ان كان نصاباً وان لم يكن نصاباً فلا شيء فيه ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوي يبلغ نصاباً فإنه يستقبل به حولاً من حين أسلم لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاء له سيده

(مسئلة) قال (واذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً

غير مكاتب)

وجملته ان الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف فعلمه وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم لانه ان ثبت في العقد مؤجلاً وإذا حل النجم فللسيد مطالبة بما حل من نجومه لانه دين له حل فأشبه دينه على الاجنبي وله الصبر عليه وتأخير به سواء كان قادراً على الاداء او عاجزاً عنه لانه حق له سمح بتأخيره أشبه دينه على الاجنبي فان اختار الصبر

(احدهما) انه ذلك لانه تعذر عايه الوصول الى المال في وقته اشبه ما لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره وادائه في مدة قريبة كان لسيد الفسخ والمال ههنا اما معدوم واما غائب يتعذر ادائه وفي كلا الحالتين يجوز الفسخ (واثنائي) ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث هل له مال أم لا؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فإنه يطالبه فان أدى والا فقد عجز نفسه فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلس المكاتب وادعى ان له مالاً في وقت الفسخ يفي بما عليه واقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل ان لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه ادائه لانه اذا كان متعذراً الاداء كان وجوده كعدمه

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه وان جنى على سيده او اجنبي فعليه فداء نفسه مقدماً على

الكتابة وقال ابو بكر يتحصان)

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جنائية موجبة للمال تعلق ارشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحامد والاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمر بن دينار جنائته على سيده وقال عطاء ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري اذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولاؤه لولي المقتول الا ان يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ «لا يجني جان الا على نفسه» ولانها جنائية عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن

عليه لم يملك العبد الفسخ بمير خلاف فعلمه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبة وتركه بحاله أن الكتابة لا تنسخ مادام ثابتين على العقد الأول فإن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض وإن حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختر السيد فسخ كتابته ورده إلى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستدابة فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وأبي حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى لا يكون عجزه إلا عند قاض وحكي نحو هذا عن مالك وقال الحسن إذا عجز استؤني بعد العجز سنتين وقال الأوزاعي شهرين ونحو ذلك

ولنا ما روى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاماً له على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فردّه إلى الرق . باسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال أني قد طفت العراق والحجاز فردني في الرق فردّه وروي عنه أنه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً فقال له أنا عاجز فقال له امح كتابتك فقال امح أنت ، وروى سعيد باسناده عن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولأنه عقد عجز عن

إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل نص عليه أحمد وهو المعمول به في المذهب وذكر أبو بكر قولاً آخران السيد يشارك ولي الجناية فيضرب بما حل من نجوم كتابته لأنهما دينان فيتحاضان قياساً على سائر الديون

ولنا أن ارش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتماقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتن وغيرهما فوجب أن تقدم ههنا . يحتمل أن ملك الكتابة مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى لأن المالك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فإذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى . إذا ثبت هذا فإنه يفدي نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو ارش جنايته لأنه إن كان ارش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو ارشها ، وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لأنه لا يلزمه أكثر من بذل المحل الذي تعلق به الارش فإن بدأ بدفع المال إلى ولي الجناية فوفى بارش الجناية والاباع الحاكم منه بما يفي من ارشها وبما بقيه باق على كتابته وإن اختار السيد الفسخ فله ذلك ويعود عبداً قنناً مشتركاً بين السيد والمشتري وإن أبقاه السيد على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق إلى باقيه إن كان المكاتب موسراً ويقوم عليه وإن كان معسراً عتق منه ما عتق وباقي رقيق فإن لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها بيع كلها وبطلت كتابته

عوضه فملك مستحقه فسخه كالمسلم اذا تعذر المسلم فيه ولانه فسخ عقد مجمع عليه فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ المعققة تحت العبد فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد؟ قلنا هي لازمة من جهة الطرفين ولا يملك العبد فسخها بحال وانما انه أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما كان له ذلك لوجهين (أحدهما) ان الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاثبات بالصفة ولا يحجر عليها (الثاني) ان الكتابة لحظ العبد دون سيده وكان العقد لازماً بان ألزم نفسه حفظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً أو كفّل له أو رهن عنده رهناً

(فصل) فاما ان حل نجم واحد فمجز عن أدائه فظاهر كلام الخرقى انه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل ادائهما وهي إحدى الروايتين عن احمد قال القاضي وهو ظاهر كلام أصحابنا وروى ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الحكم وابن ابي ليلى وابي يوسف والحسن بن صالح وقال ابن ابي موسى : وروى عن احمد انه لا يعود رقيقاً حتى يتول قد عجزت وقيل عنه اذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع ما بقي (والرواية الثانية) انه اذا عجز عن نجم واحد فليس له فسخ الكتابة وهو قول الحارث العكلي

(فصل) وان بدأ بدفع المال الى سيده وكان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على الم كاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجعه الحاكم ويسلمه الى ولي الجناية فان وفي والا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى السيد لانه يقضي حقاً عليه فجز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه فان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة عتق

﴿ مسألة ﴾ (وعليه فداء نفسه ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه بأقل الامر من قيمته او ارش جنائيه) لانه لا يلزم اكثر مما كان واجباً عليه بالجناية فان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لانه أتلف محل الاستحقاق فأشبه ما لو قتله

﴿ مسألة ﴾ (وان عجز فليس له تعجيله ويفديه أيضاً بما ذكرناه وقل أبو بكر فيه رواية أخرى انه يفديه بارش الجناية بالغة ما بلغت)

لانه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باعتاقه (فصل) فن كانت الجناية على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص فليس له القصاص كما يجب على عبده اتقن لان القصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده (المغني والشرح الكبير) (٥٣) (الجزء الثاني عشر)

وابي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجومه فاذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، ولانه عجز عن اداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الاخير

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجهان ولان ما بين النجمين محل لاداء الاول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني

(فصل) واذا حل النجم وماله حاضر عنده طواب اداؤه ولم يجز الفسخ قبل الطلب كالمجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فان طلب منه فذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما ياتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لا ضرر فيه وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال لبيعه بجنس مال الكتابة أمهل وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي

وقال ابو حنيفة إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا يزيد على ذلك لان الثلاثة آخر حد القلة وقرب لما بيننا فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فاما اذا كان قادراً على الاء واجدا لما يؤديه فامتنع من اداؤه وقال قد عجزت

وان عفا على مال أو كانت موجبة للمال وجب له لان المكاتب مع سيده كالاجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدي نفسه بأقل الامرين كالجناية على الاجنبي وعنه يفديه بارش الجناية كله فان وفي ما في يده بما عليه فلسيده مطابقة به وان لم يف به فلسيده تعجزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وارش الجناية وعاد عبداً قناً ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان اعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه متعلق برقبته وقد ألتفها وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقاً بالذمة وما في يده من المال فاذا تألفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب أقل الامرين أو ارش الجناية كله؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بارش الجناية قبل اداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقال أبو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة.

ولنا ان الحقين جميعاً للسيد فاذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لهما لا يخرج عنهما ولانه لو بدأ باداء مال الكتابة في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى ولان ارش الجناية لا يلزم أدائه قبل اندمال الجرح فيمكن تقديم وجوب الاداء عليه إذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ويلزمه ارش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهة فلم يسقط ما عليه بخلاف ما

فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من اصحابنا المتأخرين يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرفي لقواه اذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب فعلق جواز الفسخ على عدم الاداء وهذا مذهب الشافعي

وقل ابو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول ابي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكرنا هذا فيما تقدم فاما ان كان قادراً على اداء المال كله ففيه رواية أخرى انه يصير حراً بملك ما يؤدي وقد سبق ذكرها

(فصل) واذا حل النجم والمكاتب غائب بغير اذن سيده فله الفسخ وان كان سافر باذنه لم يكن له أن يفسخ لانه اذن في السفر المانع من الاداء. واكن يرفع أمره الى الحاكم ويثبت عنده حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم الى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده فان كان عاجزاً عن اداء المال كتب بذلك إلى الحاكم المكاتب ليجعل للسيد فسخ الكتابة وإن كان قادراً على الاداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فان فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره عن حال الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ فان وكل السيد في بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع اليه فان امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع

إذا اعتقه سيده فانه اتف محله حقه بخلاف هذا وهل يلزمه اقل الامرين أو جميع الارش ؟ على وجهين وان كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد والعفو على مال وفي الخطأ المال وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم والبد لو عاد قنا كان لهم وان جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على مامضى

(فصل) وان جنى المكاتب جنایات تعلقت برد رقبته واستوى الاول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني ان كانت موجبة للادال لانها تعلقت بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حل كتبه وبعضها بعد تهجيزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاءه وتبطل حقوق الآخرين فان عفا الى مال صار حكمه حكم الجاية الموجبة للمال فان ابرأه بعضهم استوفى الباقيون لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تراحوا فاذا ابرأه بعضهم سقط حقه وتراحم الباقيون كما لو انفردوا كما في الوصايا وديون الميت فان ادى وعق فالضمان عليه وان اعتقه سيده فعليه الضمان وأيهما ضمن فلواجب عليه قتل الامرئ كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولانه لو عجزه الزماء وعاد قنا بيع وتخاصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما ان عجزه سيده وعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداءه فداءه باقل الامرئ كما لو أعتقه او قتله

المكاتب من الدفع اليه جاز وله الفسخ اذا ثبتت وكالنه بيينة بحيث يأمن المكاتب انكار السيد وكالنه وإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع اليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لانه لا يأمن أن يسلم اليه فينكر السيد وكالنه ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في انه وكيل أو كذبه وإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لان هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فان الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فان اختار القبض جرى بحري الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

(فصل) قال واذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين انه لم يعتق وكان هذا الدفع كعدمه لانه لم يؤد الواجب عليه وقيل له ان أديت الآن وإلا فسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً ان بان معيهاً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فان كان قدرضي بذلك وأمسكها استقر العتق فان قيل كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد ؟ فان ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبهه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا امساكه الميعب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجري مجرى ابرائه من بقية كتابته وإن اختار امساكه وأخذ أورش العيب أورده فله ذلك قل ابو بكر وقياس قول احمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لان العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولانه ليس المقصود منه انال فأشبهه الخلع

وفيه رواية اخرى أنه يلزمه أورش الجناية كله لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختياره امساكه فكان عليه جميع الارش ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله لان المحل تلف فتعذر تسليمه فلم يجب أكثر من قيمته والمحل ههنا باق يمكن تسليمه وبيعه وقد ذكرناه فان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو اعتقه فتمتأدى به نفسه وجهان بناء على ما اذا عجزه سيده والله أعلم

﴿مسئلة﴾ وان لزمته ديون تعلقت بذمته بيع بها بعد العتق

إذا اجتمع على المكاتب ثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده ما يفي بها فله أداؤها ويبدأ بها شاء كالحرق وان لم يفي بها ما في يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحرق وان كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز لان تعجيله تبرع فلم يجز بغير إذن سيده كلهبة وان كان باذن سيده جاز كلهبة وان كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة اذنه وان كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر الى الحاكم وانما يحجر عليه بسؤالهم فان حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم فلا يستوفى بغير اذنهم وان سأل سيده الحجر عليه لم يجبه الى ذلك لان حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله واذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي عندي انه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوي بينهما ويقدمهما على اورش الجناية ومال الكتابة لان اورش الجناية محله الرقة فاذا لم يحصل مما في يده استوفى من رقبته

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لان العتق اما استتر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب إن يفسخ بوجود العيب كالمبيع ، وان اختار امساكه وأخذ الارش فله ذلك وتبين ان العتق لم يقع ولاننا تبينا ان ذمته لم تبرا من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الامر بخلافه كما لو بان العوض مستحقا وإن تلفت العين عند السيد او حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ولو قال السيد لعبد ان أعطيتني عبداً فانت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيتني ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فتم له السيد ، أذنت حرثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالاداء ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأذكر السيد فانول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى

(مسألة) قال (وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا)

وجملته أن ما يأخذه من نجوم كتابته كمال استفادته بكسب او غيره فيملكه بأخذه ويستقبل به حولا لانه

وهذا مذهب الشافعي وقد ذكرنا أن اصحابنا والشافعي اتفقوا على تقديم ارش الجناية على مال الكتابة فيما مضى واذا لم يحجر عليه ودفع إلى السيد مال الكتابة عتق وبقيت الديون في ذمته يتبع بها بعد العتق لانه صار حراً فهو كالأحرار ولان المداين رضي بذمته حين أدائه فكان له مراضي به كالحر .

(فصل) واذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فلم يجز عليه الخيار بين القصاص والمال فان اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها برقبته والمكاتب فداؤه باقل الامرين من قيمته أو ارش جنايته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له ان يشتريه بذلك الا ان يأذن فيه سيده فان كان الارش اقل من قيمته لم يكن له تسليمه لانه تبرع بالزائد وان زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه او يفديه باقل الامرين ؟ على روايتين :

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوي رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق ارشها برقبته فلم يكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده .

وقال القاضي في المجرد ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف لاله فان ذوي رحمه ليسوا بماله ولا يتصرف فيهم فلم يجز له اخراجه ماله في مقابلتهم ولا شرائهم كالتبرع ويفارق

لا يملك ما في يده مكاتبه ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب لأن ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي

(مسئلة) قال (واذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته فان عجز كان سيده خيراً بين أن يفديه بقيمته ان كانت أقل من جنايته أو يسلمه)

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جنائية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وهذا قال الحسن والحكم وحماد ولاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنابته على سيده قال عطاء ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري إذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولاًؤه لولي المقتول إلا أن يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » ولأنها جنائية عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجنائية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل وهذا المنصوص عليه عن احمد والممول به في المذهب وذكر ابو بكر قولا آخر ان السيد يشارك ولي الجناية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته لأنهما دينان فيتحاصان كسائر الديون

ولنا أن أرش الجنائية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حوز المالك

العبد الاجنبي فإنه ينتفع به وله صرفه في كتابته وكان له فداؤه وشراؤه كسائر أمواله ولكن ان كان لهذا الجاني كسب فدي منه وان لم يكن له كسب بيع في الجنائية ان استغرقت قيمته وان لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي للمكاتب .

ولنا انه عبد له حي فملك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شراؤه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا الا ان كسبه له فان عجز المكاتب صار رقيقاً معه لسيدته وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعقدهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب ان لا يمنع منه وفارق التبرع فإنه يفوت المال على السيد فان قيل فيه ضرر وهو منعه من أداء الكتابة فإنه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع للمكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الأداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولأن غاية الضرر في هذا المنع من أداء الكتابة وليس اتمامها واجبا عليه فأشبهه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(احدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لصيرته عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولده وذوي رحمه ونفعهم بالاعتاق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلا أن لا يمنع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المكاتب يدخل في كتابتها والحكم في جنايته كالحكم في ولد المكاتب سواء

وحتى المرتهن وغيرهما فوجب ان يقدم ههنا بحقه ان أرش جنايته مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى لان أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التي ليست مستقرة. اذ اثبت هذا فانه يفدي نفسه باقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لانه ان كان أرش الجناية اقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها وان كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لانه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذي تعلق به الارش فان بدأ بدفع المال الى ولي الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية والا باع الحاكم منه بما بقي من أرش الجناية وباقيه باق على كتابته وان اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشترك بين السيد وبين المشتري فان أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه إن كان المكاتب موسراً ويتوم عليه وان كان معسراً عتق منه ما دتق وباقيه رقيق وان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيعم كله فيها وبطلت كتابته وان بدأ بدفع المال الى سيده نظراً فان كان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه الى ولي الجناية فان وفى والا كان الحاكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى سيده لانه يقضي حقاً عليه فجاز كمالو قضى بعض غرمانه قبل الحجر عليه ثم ان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة

(فصل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب السيد على عبده مال وان كان موجبها القصاص فقال أبو بكر ليس له القصاص لانه اتلاف لما له باختياره وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره أبو الخطاب في ردوس المسائل ، وقال القاضي له القصاص لانه من مصلحة ماله فانه لو لم يقتص أمضى الى إقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ولا يجوز بيعه في أرش الجناية لان الارش لا يثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم يجوز بيعه لذلك . وقال اصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه .

ولنا انه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبي وما ذكره ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه (فصل) فان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدرًا لما ذكرنا وان كان موجبها القصاص فله ان يقتص فيما دون النفس لان العبد يقتص منه لسيدته وان عتق على مال سقط القصاص ولم يجب المال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبدته وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته قال القاضي ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من ماله غير هذا الموضع

عتق ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الامرين من قيمته أو ارش جنائيه لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجناية وإن اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لأنه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كالموتله وإن عجز ففسخ السيد كتابته فداؤه أيضاً بما ذكرناه وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعني روايتين (أحدهما) يفديه بأقل الامرين (والثانية) يفديه بأرش جنائيه بالغة ما بلغت (فصل) وإذا جنى المكاتب جنائيات تعلقت برقبته واستوى الاول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني لأنها تعلقت بمحل واحد وكذا إن كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فإن كان فيها ما يوجب التقصاص فولّي الجناية استيفاءه وتبطل حقه الآخرين وإن عفا إلى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال فإن أبرأ بعضهم استوفى الباقي لأن حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فإذا اجتمعوا تراحوا فإذا أبرأ بعضهم سقط حقه وتراح الباقي كالموتله إذا انفردوا كما في الوصايا وإن أدى وعتق فالضمان عليه وإن عتقه سيده فالضمان عليه وأيهما ضمن فلو اوجب عليه أقل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولأنه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتخاصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما إن عجزه سيده فعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فإن اختار فداءه ففيه روايتان :

(فصل) وإن جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) أن كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) أن المكاتبه تستحق المهر في النكاح لتعلقه بمضو من أعضائها كذلك بدل العضو (الثالث) أن السيد أخذ مال المكاتبه بدلا عن نفس المكاتب فلا يجوز أن يستحق عنه عوضاً آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الجاني سيده فلا قصاص عليه لأميرين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) أنه مملوك ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش إذا اندمل الجرح على ما يذكر في الجنائيات ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه فإذا ثبت هذا فسرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله فإن اندمل الجرح وجب له أرشه على سيده ويتقاصان إن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو لم يحل عليه نجم لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه فأن اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجوز لأنه بيع دين بدين فإن قبض أحدهما حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضاً عن حقه جاز وإن رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة

(أحدهما) يفديه بأقل الامرين كما لو أعتقه أو قتله (والثانية) يلزمه ارش الجنات كلها بالغة ما بلغت لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته فتد فوت تلك الزيادة باختيار امساكه فكان عليه جميع الارش ويفارق ما إذا اعتقه أو قتله لان المحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ولم يجب أكثر من قيمته والمحل باق وههنا يمكن تسليمه وبيعه وان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عنقه ففيه روايتان : (أحدهما) يفدي نفسه بأقل الامرين (والثاني) بارش الجنات بالغة ما بلغت لان محل الارش قُثم غير تالف ويمكن تعجيز نفسه في كل جناية يباع فيها فأشبهه ما لو عجزه سيده

(فصل) وان جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فليس له خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص وجب كما تجب على عبده اتقن لان قصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده وان عفا على مال أو كانت موجبة للمال ابتداء وجب له لان المكاتب مع سيده كالأجنبي يصح ان يباعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدي نفسه بأقل الامرين في إحدى الروايتين والاخرى يفديها بارش الجناية بالغة ما بلغت فان وفي مافي يده بما عليه لم يسدده مطالبته به وأخذه وان لم يف به فليسده تعجيزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وارش الجناية لانه عاد عبداً

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبياً حراً فلا قصاص ولا يقتل بالعبد فان سرى الجرح الى نفسه انفسخت كتابته وعلى الجاني قيمته لسيدته وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعقني ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت دية لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد أو غيره من ورثته لم يرث منه شيئاً لان القاتل لا يرث ويكون لبيت المال ان لم يكن له وارث ومن اعتبر الجناية بحالة ابتداءها أوجب على الجاني قيمته ويكون أيضاً لورثته

(الحال الثالثة) اذا كان الجاني عبداً أو مكاتباً فان كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده بالخيار بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وان كانت فيما دون النفس كقطع يده فلامكاتب استيفاء القصاص وليس لسيدته منعه كما ان الرخص يقتص ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقتص ولا يعترض عليه غرماؤه وان عفا على مال ثبت له وان عفا مطلقاً انبنى على الروايتين في موجب العمد وان قلنا مرجبه القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس لسيدته مطالبته باشتراط مال لان ذلك تكسب ولا يملك اجباره على الكسب وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح لانه لما ثبت القصاص تعين المال ولا يصح عفو عن المال لانه لا يملك انتبوع بغير إذن سيده وان صالح على بعض الارش فحكمه حكم العفو الى غير مال

(فصل) وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته

قنا ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان اعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه كان متعلقاً برقبته وقد أنفكها فسقط وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقاً بالذمة وما في يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب اقل الامرين أو أرش الجناية كله ؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بارش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقل ابو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة ولنا أن الحتمين جميعاً للسيد فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها ولأنه لو بدأ باداء الكتابة قبل ارش الجناية في حق الاجنبي عتق في حق السيد أولى ، ولان ارش الجناية لا يلزم ادائه قبل اندمال الجرح فيمكن تقدم وجوب الاداء عليه فاذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ويلزمه ارش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهة فلم يسقط ما عليه بخلاف ما اذا أعتقه سيده فانه أنفك محل حقه ودهنا بخلافه وهل يلزمه قتل الامرين أو جميع الارش ؟ على وجهين

وان كانت جنايته على نفسه فلورثته اقصاص في العمد أو العفو على مل وفي الخطأ المألوف فيما يفدي به نفسه روايتان وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم

انفسخت الكتابة وسقط ارش الجنائيات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي ديونه مما كان في يده فان لم يف بها سقط الباقي قل أحمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسمى لنفسه وان كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحل الاول وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمر بن دينار وأبي الزناد ويحيى الانصاري وربيعه والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والثانية) انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه روي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحقم وحامد وابن أبي ليلى والثوري والحسن ابن صالح لانه دين حال فيضرب به كسائر الديون ويحجي على قول من قل ان الدين يحل بالموت ان يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد حل بالموت والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن أحمد وقد روى سعيد في سننه ثنا هشيم ثنا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب إذا مات وعليه دين وبقيته من مكاتبته فقلت ان شريحاً قضى ان مولاه يضرب مع الغرماء فقال سعيد خطأ شريح قضى زيد بالدين قبل المسكينة

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وهي عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار ولا يملك احدهما فسخها

والعبد لو عاد قنّاً لكان لهم ، وإن جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجنابة على سيده فيما دون النفس على ماضى

(فصل) وإن اجتمع على المكاتب ارش جنابة وثمان مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده مل يفي بها فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالحر وإن لم يفي بها ما في يده وكلها حلة ولا يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر وإن كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يحجز لأن تعجيله تبرع فلم يحجز بغير إذن سيده كالهبة وإن كان يأذن سيده جاز كالهبة وإن كان اتعجل للسيد فقبوله بمنزلة إذنه وإن كان الحاكم قد حجز عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى الحاكم وإنما يحجز عليه بسؤالهم فإن حجز عليه بغير سؤالهم لم يصح لأن الحق لهم ولا يستوفي بغير إذنهم ، وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك لأن حقه غير مستقر فلا يحجز عليه من أجله فإذا حجز عليه بسؤال الغرماء فقال اتماضي عندي أنه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض اقراض يسوي بينهما ريقدهما على ارش الجنابة ومال الكتابة لأن ارش الجنابة محل الرقبة فإذا لم يحصل مما في يده استوفي من رقبته وهذا مذهب الشافعي واتفق أصحابنا والشافعي على تقديم ارش الجنابة على مال الكتابة على ماضى بيانه

(فصل) وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جنابة توجب اقتصاص فللمجنى عليه الخيار بين اقتصاص والمال فإن اختار المال أو كانت الجنابة خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها

وجملة ذلك أن الكتابة عقد لازم من الطرفين لأنها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ولا يدخلها خيار لأن الخيار شرع لدفع العين عن المال والسيد دخل على بصيرة أن الحظ لعبده فللمعنى للخيار ولا يملك أحدهما فسخها قياساً على سائر العقود اللازمة وعنه أن العبد يملك ذلك وسنذكره ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كسائر عقود المعاوضات

﴿مسئلة﴾ (ولا تنسخ بموت السيد لأنه لم في ذلك خلافاً ولا تنسخ بجنونه ولا الحجر عليه لأنه عقد لازم أشبه البيع)

﴿مسئلة﴾ (ويعتق بالاداء الى سيده وقد ذكرنا ذلك وبالاداء الى الورثة)

لأنه انتقل اليهم مع بقاء الكتابة فهو كالاداء الى موروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر موارثهم كسائر ديونه فإذا كان له أولاد ذكور وإناث فلا ذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فإن أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فإن كان بعضهم غائباً وله وكيل دفع نصيبه الى وكيله وإن لم يكن له وكيل دفع نصيبه الى الحاكم وعتق وإن كان مولياً عليه دفع إلى وليه إما أبيه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فإن كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليهما معاً وإن كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية ليقبض إلا بالرشيد ولي نفسه وإن كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه فحكم كل واحد منهم حكمه

برقبته وللمكاتب فداؤه باقل الامر من قيمته أو ارش جنابته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لأنه تبرع بالزيادة ، وإن زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه باقل الامر من؟ على روايتين

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوي رحمه المحرم أو ولدته ولد من أمته فجني جنابة تعلق ارشها برقبته وللمكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده وقال القاضي في المجرد ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف للماله فان ذوي رحمه ليسوا بماله ولا يتصرف فيهم فلم يجوز له اخراج ماله في مقاباتهم ولان شرائهم كالتبرع ويفارق العبد الاجنبي فانه ينتفع به وله صرفه في كتابته فكان له فداؤه وشرائه كسائر الاموال لكن إن كان لهذا الجاني كسب فدي منه وإن لم يكن له كسب بيع في الجناية ان استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي المكاتب

ولنا انه عبد له جنى فملك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شرائه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا إلا أن كسبه له ، وإن عجزه المكاتب صار رقيقاً معه لسيدته وان أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعقوبتهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فانه

وانفرد فان إذن بعضهم في الاداء إلى الآخر وكان الذي اذن رشيداً فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ولا يسري إلى نصيب شريكه ان كان معسراً ويسري اليه ان كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه كله كما لو كان بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الحنفي وهو أحد قولي الشافعي وقال القاضي لا يسري عتقه وان كان موسراً وهذا القول الثاني للشافعي وقال أبو حنيفة لا يتق إلا باداء جميع مال الكتابة لانه أدى بعض مال الكتابة فوشبه ماؤاداه إلى السيد فان أبرأه من مال الكتابة برى منه وعتق وان أبرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان عتق نصيبه منه عتق والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى إلى بعضهم باذن الآخر

ولنا على أنه يعتق نصيب من أبرأ من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه انه أبرأه من جميع ماله عليه فوجب ان يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما اذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة لانه ما أبرأه من جميع حقه

ولنا على سريته عتقه انه اعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب ان يسري عتقه كما لو كان قنا ولانه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق فان قيل في السرية اضرار بالشركاء لانه قد يعجز فيرد إلى الرق قلنا اذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الاولى

يفوت المال على السيد فان قيل بل فيه مضرة وهو منعه من اداء الكتابة فانه اذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع امكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فانه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا اداء فكذلك لا يمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولان غاية الضرر في هذا المنع من اتمام الكتابة وليس اتمامها واجبا عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(أحدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولده وذوي رحمه ونفعهم بالاعتاق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المسكينة يدخل في كتابتها والحكم في جنائته كالحكم في ولد المكاتب سواء

(فدل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جنائيه موجبا للمال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب للسيد على عبده مال وان كان موجبا قصاصاً فقال ابو بكر ليس له القصاص لانه ائتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره ابو الخطاب في ردوس المسائل وقال القاضي له القصاص لانه من مصاحبة مملكته فانه لو لم يستوفه أفضى الى اقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه في أرش الجناية لان الارش لا يثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم

(فصل) وإذا عتق بالاداء الى الورثة فولأوه لسيده في إحدى الروايتين وهو اختيار الخري في يختص به نصباته دون اصحاب الفروض وهذا قول اكثر الفقهاء واختاره ابو بكر ونقله إسحاق ابن منصور عن أحمد وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قل اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قل بعض الناس الولاء للرجال والنساء وقال بعضهم لا لولاة للنساء لان هذا إنما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كتبن أو أعتقن والذي يغلب على انهن يرثن ولو عجز المكاتب بهد وفاة السيد رد رقيقاً ، وهذا قول طاوس والزهري لان المكاتب انتقل إلى الورثة بموت السيد بدليل انهم لو أعتقوه بعد عتقهم لكان ولاؤه لهم كما لو انتقل بالشراء ولانه يؤدي إلى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى إلى المشتري ووجه الأول ان السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى اليه ولان الورثة إنما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وإنما بقي له دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويولي على موروثه ولا ينتقل اليه شيء امكن بقاؤه لموروثه والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه وقد ذكرنا ذلك في باب الولاء (فصل) وان أعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم وولاؤه لهم لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وإن أعتق

يجز بيعه لذلك ، وقال أصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنائته فيستفيد بالجناية ملك بيعه

ولنا انه عبده فلم يجب له عليه أرش كالاجني وما ذكره ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه (فصل) وان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبا للمال كانت هدرًا لما ذكرنا وان كان موجبها التقصاص فله ان يقتص ان كان فيما دون النفس لان العبد يقتصر منه لسيد وان عفا على مال سقط التقصاص ولم يجب المال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وقال القاضي فيه وجه آخر انه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل انه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حرية موقوفة على حرية قل ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مال كنه دوى هذا الموضع

(فصل) وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فارش الجناية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) ان المكاتبه تستحق النهر في النكاح لتعلقه به وضوءه من أعضائها كذلك بدل الضوء (والثالث) ان السيد يأخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتبه فلا يجوز أن يستحق عنه عوضاً آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الجاني سيده فلا تقصاص عليه لمعينين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد

بعضهم نصيبه فعتق عليه كله بالسراية قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وان لم يسر لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ما عتقه لا خبر ولا نكاح منعه عليه فكان الولاء له كغير المكاتب وقل القاضي ان أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان أدى الى الباقي عتق كله وكان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له لانه اولا اعتاقه لعاد سهمه رقيقاً كسهم سائر الورثة فلما أعتقه كان هو النعم عليه فكان الولاء له دونهم فأما ان أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا أدى اليهم لأن الأبراء جرى مجرى أداء ما عليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم أنعموا عليه بما عتق به أشبه مالو أعتقوه وان أبرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف

(فصل) إذا باع الورثة للمكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبهم لانهم يقومون مقام موروثهم وهو يملك بيعه وهبته كذلك ورثته ويكون عند المشتري الموهوب له مبقى على ما بقي من كتابته ان عجز فعجزه عاد رقيقاً له ، وان أدى عتق وكان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي نقول إن ولاءه للورثة إذا أدى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد ان اعتق بالكتابة ، لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما بابه

(والثاني) أنه مال بكمه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح على ما ذكرنا في الجزايات ولانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه فاذا ثبت هذا فانه ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله وان اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده فان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة او كان النجم لم يحل لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه وان اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز لانه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبيا حرّاً فلا قصاص أيضاً لان الحر لا يقتل بالعبد ولكن ينظر ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجاني قيمته لسيدته وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت دية لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد او غيره من الورثة لم يرث منه شيئاً لان القتال لا يرث ويكون لبيت المال ان لم يكن له وارث، ومن اعتبر الجاية بحالة ابتدائها اوجب على الجاني قيمته ويكون لورثته أيضاً

السيد ، لأن السيد يبيعه أبطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

(فصل) اذا وصى السيد بمال الكتابة صح فان سلم مال الكتابة الى الموصى له أو وكيله أو وليه ان كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولاؤه لسيدته الذي كاتبه لانه المنعم عليه وان أبراه من المال عتق لانه برىء من مال الكتابة فأشبهه مالو ادى وان أعتقه لم يعتق لانه لا يملك رقبته وانما وصى له بالمال الذي عليه وإن عجز ورد في الرق صار عبداً للورثة وما قبضه الموصى له من المال فهو له لانه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تعجيله الى الورثة لان الحق يثبت لهم بتعجيله ويصير عبداً لهم فكانت الخيرة في ذلك اليهم وتبطل وصية الموصى له بتعجيله وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى الى من يقبضه ويفرقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصي برىء وعتق وان أبراه منه لم يبرأ لان الحق لغيره فان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان اتعيين الى الوصي دونه وان وصى بدفع المال الى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية لهم فان كان انما وصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرته لان المال للورثة ولهم قضاء الدين منه ومن غيره وللوصي في قضاء الدين حق لان له منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

(الحال الثالث) اذا كان الجاني عبداً او مكاتباً فان كان موجب الجناية اقصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وان كانت فيما دون النفس مثل أن يقطع يده أو رجله فالمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كأن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرامؤه وإن عفا على مال ثبت له وإن عفا مطلقاً أو الى غير مال انبنى ذلك على الروايتين في موجب العمد ان قلنا موجب اقصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس للسيد مطالبة باشتراط مال لان ذلك تكسب ولا يملك السيد اجباره على الكسب وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبتت له دية الجرح لانه لما سقط اقصاص تعين المال ولا يصح عفو عن المال لانه لا يملك انتبرع به بغير اذن سيده وإن صالح على بعض الارش فحكمه حكم العفو الى غير مال

(فصل) واذا مات المكاتب وعليه ديون واروش جنائيات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته انفسخت كتابته وسقط ارش الجنائيات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي دينه مما كان في يده فان لم يف بها سقط الباقي

قل احمد ايس على سيده قضاء دينه هذا كان يسعى لنفسه وإن كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما انه لا يعتق بذلك فتفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحال الاول وهذا قول زيد

(فصل) اذا مات رجل وخاف ابنين وعبداً فادعى العبد ان سيده كاتبه فصدقه ثبتت الكتابة لان الحق لها وان انكراه وكانت له بيعة ثبتت الكتابة وعتق بالاداء اليها وان عجز فلهما رده الى الرق وان لم يعجزا وصبرا عليه لم يملك انفسخ وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقي نصفه على الكتابة ورق النصف الآخر فان لم تكن له بيعة فالقول قولهما مع ايمانها لان الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون ايمانها على نفي الالم لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلفا ثبت رقه وإن نكلا قضي عليهما أو ردت اليمين عليه عند من يرى ردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضي برق نصفه وكتابة نصفه وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البيعة في نصفه الآخر فان لم تكن بيعة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً فأن شهد المقر على أخيه قبات شهادته لانه لا يجر الى نفسه نفعا ولا يدفع عنها ضرراً فان كان معه شاهد آخر كمات الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وان لم يشهد غيره فهل يحلف العبد معه ؟ على روايتين وان لم يكن عدلا او لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه فان لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المهياة مياومة او مشاهرة أو كيفما كان جاز فان طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر اجبر عليها في ظاهر كلام احمد وهو قول أبي حنيفة ، لان

ابن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبي الزناد ويحيى الانصاري وربيعة والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والرواية الثانية) أنه اذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه

وروي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحماة وابن ابي ليلى واشوري والحسن بن صالح لانه دين اه حال فيضرب به كسائر الديون ويحيى على قول من قال ان الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد صار حلالاً والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن احمد

وقد روى سعيد في سنده حدثنا هشيم انا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب اذا مات وعليه دين وبقي من مكانته فقلت ان شريحاً قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء؟ فقال سعيد أخطأ شريح قضى زيد بالدين قبل الكتابة

(مسئلة) قال (واذا كاتبه ثم دبره فادى صار حراً وان مات الا يد قبل الاداء عتق بالتدبير ان حمل الثلث ما بقي من كتابته والاعتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي)

وجملة ذلك أن تدبير المكاتب صحيح لانعلم فيه خلافاً لانه تعليق عتق بصفة وهو يملك اعتاقه

المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر اجابته كالايمان ويحتمل ان لا يجبر وهو قول الشافعي لان المهايأة تأخير حقه الحال لكون المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحال فان اقتسما الكسب منافعاً او مهايأة جاز فان لم يف بأداء نجومه فله مقر رده في الرق وما في يده له خاصة لان المنكر قد اخذ حقه من المكسب وان اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة أو كسبه في حياة ابينا وأنكر ذلك المقر فالقول قوله مع يمينه لان المدعي يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولانه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان اقول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وان ادى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر الى نصيب شريكه لانه لم يباشر العتق ولم ينسب اليه وانما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولان المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً لانه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل اداء مال الكتابة اليها فعتق كله بذلك وولاء النصف للمقر لان أخاه لا يدعيه والمقر يدعي انه كله عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف من نصيب من الولاء وقول أصحاب الشافعي في ذلك وجهان

(أحدهما) كقولنا (والثاني) ان الولاء بين الابنين لانه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث

وإن كان وصية فهو وصية باعتاقه وهو يملكه فعند هذا ان أدى عتق بالاداء لانه سبب للعتق ويبدل التدبير للغنى عنه وما في يده له وإن عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب فإذا مات السيد عتق ان خرج من الثلث وما في يده لسيدته وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وإن مات السيد قبل ادائه وعجزه عتق بالتدبير ان حمله الثلث وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق لان مال الكتابة عوض عنه فإذا عتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة لانه لم تبقى الكتابة إلا في نصفه فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك وهو على الكتابة فيما بقي وما في يده له وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

وقال أصحابنا اذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما في يده لسيدته كما لو بطلت الكتابة بعجزه لانه عبد عتق بالتدبير فكان ما في يده لسيدته كغير المكاتب والصحيح الاول ان شاء الله تعالى لانه مكاتب برىء من مال الكتابة فعتق بذلك وكان ما في يده له كما لو أبرأه سيده بحقه أن ملكه كان ثابتاً على ما في يده ولم يحدث ما يزيله وإنما الحادث من بل ملك سيده عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالاداء

(فصل) اذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موثي فانت حر فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى فان قلنا لا يصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة فان ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء

قال شيخنا والصحيح ما قلناه لما ذكرنا ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما ديناً لآبيه على انسان وأنكره الآخر فان المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويتخير به دون أخيه وإن كان يرثه عن الأب ولذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحداً خلف أحدهما مع الشاهد وأبى الآخر فان اعتق أحدهما حصته عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً هذا قول الحنفي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أعتق شركاً له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العبدل واعطى شركاؤه حصصهم» ولانه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى الى باقيه كغير المكاتب

وقال ابو بكر والقاضي لا يتق الا حصته لانه ان كان المتق المقر فهو منفذ وإن كان المذكور لم يسر الى نصيب المقر لانه مكاتب لغيره وفي سريته العتق اليه ابطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك ﴿مسئلة﴾ (وان حل نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان وانه لا يعجز حتى يقول قد عجزت)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما يجوز به للسيد فسخ الكتابة فروي عنه انه يجوز له الفسخ اذا عجز عن نجم واحد وهو قول الحارث العكلي وأبي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجمه فإذا لم يسلم له لم يلزمه

يعجز عنه وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤديه لم يصح قوله لانه ليس بعاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال وعجزه فاذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له ان لم تكن كتابته فسخت لان العجز لا تنفسخ به الكتابة وانما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل باول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض أصحابنا ان تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيده

(فصل) وإذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فإن كان يخرج من ثلثه الاقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل ان يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فانا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث ولو كان مال الكتابة مائة رقيمه مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويمتد الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها وانما اعتبرنا الاقل لان قيمته ان كانت أقل فهي قيمة ما ألتف بالاعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فإن للعبد اسقاطه بتمجيز نفسه أو يمتنع من ادائه فلا يجبر عليه فلم يحسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لانه يعتق بادائه ولا يستحق السيد عليه سواة وقد ضف ملكه فيه وصار عوضه ، وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل ان يكون ماله سوى المكاتب

عتقه لانه يعجز عن اداء النجم في وقته فجاز في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الاخير ولانه تمذر العوض في عقد معاوضة ووجد عين ماله فكان له الرجوع كما لو باع ساعة فافلس المشتري قبل نقد ثمنها (والرواية الثانية) ان السيد لا يملك الفسخ حتى يحل نجمان قبل ادائها وهو ظاهر كلام الخرقى قال القاضي وهو ظاهر كلام اصحابنا روي ذلك عن الحكم وابن ابي ليلى وابي يوسف والحسن بن صالح لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قل لا يرد المكاتب في الرق حتي يتوالى عليه نجمان ولان ما بين النجمين محل الاداء الاول فلا يتحقق العجز عنه حتي يفوت محله بحلول الثاني (والراية الثالثة) أنه لا يعجز حتي يقول قد عجزت رواها عنه ابن ابي موسى وروي عنه أنه اذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد الى الرق واتبع بما بقي واذا قلنا للسيد الفسخ لم تنفسخ الكتابة بالعجز بل له مطالبة المكاتب بما حل من نجومه لانه دين له حل فاشبه دينه على الاجنبي وله الصبر عليه وتأخير به سواء كان قادراً على الاداء أو عاجزاً لانه حق له سمح بتأخيره أشبه الدين على الاجنبي فان اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه

قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان المكاتب اذا حل عليه نجم ونجم أو نجومه كلها فوقف السيد عن مالبته وتركه بحاله أن الكتابة لا تنفسخ مادام ثابتين على العتد الاول وان اجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لان الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض وان اختار

قيمه مائة فأننا نضم الاقل من قيمته أو مال كتابته الى ماله ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة فان أداه عتق والارق منه ثلثه

وبحتمل انه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيفي ثلثه بخمسين فاداهما أن يقول قد زاد مال الميت لانه حسب على الورثة بمئة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما عتق منه لان هذا المال يحصل لهم بمقد السيد والارث عنه ويجب ان يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لان ربهه يجب ايتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فعلى هذا اذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مئة وخمسين وقيمة العبد مائة والميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتاً في ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية اتساع الخمسين وهو مثلاً ما عتق منه فان قيل لم أعتقم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة وقد قلتم ان المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا بالكتابة ولما كان العتق في مرض ماله نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة والموضع الذي لا يعتق الا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض

السيد فسخ كتابته وردة الى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا يلزمه الاستبناء به ، فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وابي حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى لا يكون عجزه الا عند قاض ، وحي نحوه عن مالك ، وقال الحسن اذا عجز استؤني بعد العجز سنتين ، وقال الاوزاعي شهرين

ولنا ما روى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على الف دينار وعجز عن مائة دينار فردة في الرق وباسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم اتاه فقال اني طفت العراق والحجاز فردني في الرق فردة وروي عنه انه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً فقال له انا عاجز فقال له امح كتابتك فقال امح انت

وروى سعيد باسناده عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولانه عقد عجز عن عوضه فلذلك فسخه كالمسلم اذا تعذر السلم فيه فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟ قلنا بل هي لازمة من الطرفين ولا يملك العبد فسخها وانما له ان يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما جاز له ذلك لوجهين (أحدهما) أن الكتابة تتضمن اعتاقاً بصمة ومن عاق عتقه بصفة لم يملك ابدالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاتيان بها ولا الاجبار عليها

(فصل) وان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابا وكان يخرج من ثلثه اقل الامرين من قيمته أو مال كتابته فالحكم فيه كالحكم فيه إذا أعتقه في مرضه أو ابرأه إلا أنه يحتاج ههنا الى إيقاع العتق لانه أوصى به وان لم يخرج الاقل منها من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقي الكتابه فان أداه عتق جميعه وان عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دين في ذمة موثر أو معسر انه يعتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء ولان حق الورثة متحقق الحصول فانه ان أدى ولا عاد الباقي قنا ، وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه ويتأخر حق الوارث وكذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم تنجز وصيته من الحاضر والاول أصح لما ذكرناه واما الحاضر والغائب فانه ان كان أوصى له بالحاضر اخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للموصي له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال فهو كمثلنا ولم يكمل له جميع وصيته لان الغائب غير موثوق بحصوله فانه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه فاما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فانها تقف على أداء مال الكتابة

مسألة قال (وان ادعى المالك وفاء كتابته واتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً)

وهذا قول الشافعي رضي الله عنه لان النزاع بينهما في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين

(الثاني) ان الكتابة لحظ "مد دون سيده فكان لازماً لمن أزم نفسه حفظه غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً أو كفّل له أو رهن عنده رهناً

(فصل) وإذا حل النجم على المالك وماله حاضر عنده طواب به ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فان طلب منه فذكر انه غائب عن المجاس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة واهل بتدريما ياتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لا ضرر فيه وان كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال لبيعه بجنس مال الكتابة اهل وان كان المال غائباً اكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي وقل أبو حنيفة ان كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا ازيد على ذلك لان الثلاثة آخر حد القلة والتقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فأما اذا كان قادراً على الاداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه أو قال قد عجزت فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين ملك السيد الفسخ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشرح وظاهر كلام

فإن قيل : اتقعد بهذه الشهادة العتق وهو ما لا يثبت بشاهد وبمين . قلنا بل يثبت بشاهد وبمين في رواية . وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة ههنا إنما هي بأداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عاياه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فلقول قوله مع يمينه لأنه منكر . وإن قل العبد لي شاهد غائب أنظر ثلاثاً فإن جاء به وإلا حلف السيد ، ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حرته وإن جاء بشاهد فجرح فقال لي شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لأنه إقرار لغير وارث وإقرار المريض لغير وارثه مقبول . وإذا قل استوفيت كتابتي كلها عتق العبد . وإن قل استوفيتها كلها إن شاء الله تعالى وإن شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لأن هذا الاستثناء لا مدخل له في الإقرار

قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قال له علي الف إن شاء الله كان مقراً بها . ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعاق بالشرط إنما هو المستقبل وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لأنه قد وقع على

الخرق وهذا مذهب الشافعي وقول أبو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكر ذلك في كتاب البيع وفيه رواية أخرى أنه إذا قدر على أداء المال كله أنه يصير حراً بملك ما يؤدي وقد ذكرناها

(فصل) فإن حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ وإن كان غاب بأذنه لم يكن له أن يفسخ لأنه إذن في السفر المانع من الأداء لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليحكم للسيد فسخ الكتابة وإن كان قادراً على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فإن فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة أن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره مع الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب أنكار السيد فإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع إليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في أنه وكيل أو كذبه فإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فإن اختار أن قبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

صفة لا يتغير عنها بالشرط وإنما يدل الشرط فيه على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار . وان قل استوفيت آخر كتابتي وقال إنما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله ، وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لأنه أعرف بمراده (فصل) إذا أبرأه السيد من مال الكتابة برىء وعق لان ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه ، وان أبرأه من بعضه برىء منه وكان على الكتابة فيما بقي لان البراء كالإداء . وإن كاتبه على دنائير فأبرأه من دراهم . أو على دراهم فأبرأه من دنائير لم تصح البراءة لانه أبرأه مما لا يجب له عايمه إلا ان يريد بقدر ذلك مما لي عليك فإن اختلفا فقال للمكاتب إنما أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت ان لي عليك النقد الذي أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعترف بيمينته وان مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع ايمانهم انهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك ، وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيداه فالقول قول السيد لما ذكرنا

❦ مسألة ❦ قال (ولا يكفر المكاتب بغير الصوم)

وجملته ان المكاتب إذا لزمته كفارة ظهار او جمع في نهار رمضان او قتل او كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لانه عبد ولانه في حكم المفسر بدليل انه لا يلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله اخذ

❦ مسألة ❦ (وليس للعبد فسخها بحال)

لأنها عقد لازم ومقصودها ثبوت الحرية في العبد وذلك حق لله تعالى فلا يملك العبد فسخه وان كان له فيه حظ وعنه له ذلك لان العقد لحظه فملك فسخه كالمرتبه له فسخ الرهن دون الراهن وان اتفق هو والسيد على فسخها جاز لان الحق لهما فجاز باتفاقهما كفسخ البيع والاجارة

❦ مسألة ❦ (ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح)

إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من الورثة انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز وبه قال ابو حنيفة لأنها لا ترثه وإنما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فان عجز وعاد رقيقاً قلنا انفسخ النكاح حينئذ لانها ملكت نصيبها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيداه ولا يعتق بموته فوجب ان ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كما عبد القن ، وأما كون الولاء للميت فلان السبب وجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث بعضه لأنها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لانه لا ينجز فان كانت لا ترث أباه لمانع من موانع الميراث فنكاحها

الزكاة لحاجته : وكفارة العبد والمعسر الصيام . وان اذن له سيده في التكفير بالمال جاز لانه بمنزلة التبرع ويجوز له التبرع باذن سيده ولان المنع لحقه وقد اذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال اذا اذن فيه السيد لان عليه ضرراً فيه لما يفتني اليه من تفويت حريته كما ان التبرع لا يلزمه باذن سيده
وقل انما في المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى اذن له سيده في التكفير بالمال انبني على ملك العبد اذا ملكه سيده ، فان قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بعتق ولا اطعام ولا كسوة سواء ملكه سيده او لم يملكه وسواء اذن فيه او لم ياذن لانه يكفر بما ليس يملك له فلم يصح وان قلنا يملك بالتملك صح تكفيره بالطعام اذا اذن فيه وان اذن له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما في تكفير العبد . والصحيح ان هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لانه يملك المال بغير خلاف وانما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فاذا اذن له سيده فيه صح كالتبرع

(مسألة) قال (وولد المكاتب الذين ولدتهم في الكتابة يمتعون بمقها)

وجماته أنه يصح مكاتبه الامة كما تصح مكاتبه العبد لا خلاف بين اهل العلم فيه وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ولانها داخله في عمر قوله (والذين يبتنون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمهم فيهم خيراً) ولانها يمكنها التكسب والاداء فهي كالعبد واذا اتت

باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنات وكذلك لو تزوج رجل مكاتبه فورثها او بعضها انفسخ نكاحه لذلك

﴿ مسألة ﴾ (ويجب على السيد ان يؤتیه ربع مال الكتابة ان شاء وضعه عنه وان شاء قبضه ثم دفعه اليه)

الكلام في الايتاء في خمسة نصول وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه (الفصل الاول) انه يجب على السيد ايتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي واسحاق وقل بريرة والحسن والمخني والثوري ومالك وابو حنيفة ليس بواجب لانه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قل علي رضي الله عنه : وضعوا عنه ربع مال الكتابة وعن ابن عباس قل وضعوا عنهم من مكاتبهم شيئاً وتفارق الكتابة سائر العقود فان اقمدها بها رفق العبد بخلاف غيرها ولان الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فكذلك يجب ان يستحق العبد على السيد شيئاً فن قيل المراد بالايتاء اعطاؤه سهماً من الصدقة والندب الى التصديق عليه وليس ذلك واجباً بدليل ان العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي اسقاط شيء منه ؟ قلنا أما الأول فن علياً وابن عباس فسرهما بما ذكرنا وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل

المسكاتبه بولد من غير سيدها اما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتقها فان عتقت بالاداء أو الأبراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عادرقيقا

وهذا قول شريح ومالك وأبي حنيفة والثوري واسحاق وسواء في هذا ما كان حملا حال الكتابة وما حدث بعدها وقل أبو ثور وابن المنذر هو عبد قن لا يتبع أمه وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة .

ولنا أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فبسرى الى الولد كلاسيتلاد ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع . إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول أربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي عتقه ، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر هو لأمه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ولانه بمنزلة جزء منها ولو جني على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولدها وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه لان الحق لا يخرج عنهما ولان ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها . يحتمل أنه إذا تبعها صار حكمه حكمها ولا يثبت ملك السيد في منافعها ولا في ارش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها ، وقال الشافعي في أحد قوليه تكون القيمة لسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما

الأمر على النذب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار اليه إلا بدليل وقولهم ان العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا إنما يجب الرق به عند آخر كتابته رفناً به ومواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعمة التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولان العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقضى الحال مواساته منه كما أمر النبي ﷺ باطعام عبده من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق واعانة لمن يحق على الله تعالى عونته فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمسكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف» قال الترمذي هذا حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الخري وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا روي ذلك عن علي وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزي ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) ومن للتبعيض والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضعوا عنهم من مكائبتهم شيئاً ولانه قد ثبت أن المسكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب ان يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وقد روي عن ابن عمر انه كاتب عبد له على خمسة وثلاثين ألفاً فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

أن المكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فإن العقد باق بعد قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائها كالحكم في اتلافه وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغي أيضا أن يكون لأمه لأن ولدها جزء منها تابع لها فأشبهه بقية أجزائها ولأن اداءها لكتابتها سبب اعتقه وحصول الحرية له فينبغي أن يصرف فيه بمنزلة صرفه إليه إذ في عجزها رق وفوات كسبه عليه وأما فقته فعلى أمه لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها وأما اعتقه فانه يعتق بأدائها وأبرائها ويرق بعجزها لأنه تابع لها وإن ماتت المكتابة على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقا فلا إلا أن تخاف وفاء فيكون على الروايتين وأن اعتقها سيدها لم يعتق ولدها لأنه إنما تبعها في حكم المكتابة وهو المتق بالاداء وما حصل الاداء وإنما حصل عتقها بامر لا يتبعها فيه فأشبهه ما لو لم تكن مكتوبة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعقبتها أن يعود ولدها رقيقا ومقتضى قولنا أنه يبقى على حكم المكتابة ويعتق بالاداء لأن العقد لم يوجد ما يبطله وإنما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فإذا لم يكن لها ولد يتبعها في المكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لانقضاء فائدته وفي مسئلتنا في بقائه فائدة لافضائه الى عتق ولدها فينبغي أن يبقى

ويحتمل أن يعتق باعتاقها لأنه جرى مجرى أبرائها من مال المكتابة والحكم فيما إذا اعتقت باستيلاد

ولنا ما روي أبو بكر بأسناده عن علي عن النبي ﷺ (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) قال «ربع المكتابة» وروي موقوفا عن علي ولأنه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدرا كالكافة ولأن حكمة إيجابه الرقيق بالمكاتب وإعانتة على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يحجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) إذا ورد غير مقدرة فيه فإن السنة بينته وقدرته كالكافة

(الفصل الثالث) في جنسه أن قبض مال المكتابة ثم أعطاه منه أجزأ لأن الآية تقتضيه ، وإن وضع عنه مما وجب عليه جز لأن الصحابة رضي الله عنهم فسروا الآية بذلك ولأنه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الإيتاء وتدل الآية عليه من طريق التنبية وإن أعطاه من جنس مال المكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله ، وهو ظاهر كلام الشافعي لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه

ولأنه لا فرق في المعنى بين الإيتاء منه والإيتاء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الأجزاء كالكافة وغير المنصوص إذا كان في معناه الحق به ولذلك جاز الحط عنه وليس هو بإيتاء لما كان في معناه وإن آتاه من غير جنسه مثل أن يكتبه على دراهم فيعطيه ذنانير أو عروضا لم يلزمه قبوله لأنه لم يؤت منه ولا من جنسه ويحتمل لزوم الحصول الفرق به فإن رضي المكاتب بها جاز

أو تدبير أو تعاقب بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لأنها عتقت بغير الكتابة وإن اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه أحمد في رواية مهنا لأنه مملوك فصاح عتقه كالمه ولأنه لو أعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مما يليه .

وقال القاضي وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه لأن فيه ضرراً بامه بتفويت كسبه عليها لأنها كانت تستعين به في كتابتها ولعل أحمد نفذ عتقه تعاقباً للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه (أحدها) أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسبه له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في اعتاقه لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به فكان ينبغي أن لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد (الثاني) أن النفع بكسبها ليس بواجب لها بدليل أنه لا يملك إجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها . (الثالث) أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلاً ثم هو ما غني أعتق المفلس والراهن وسراية العتق إلى ملك الشريك فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج إليه من حين العقد وكلا مجله كان أفضل لأنه يكون أنفع كالكسبة (الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذي آتاه وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ قل علي رضي الله عنه الكتابة على تجمين والإيتاء من الثاني فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دين في تركته لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه فإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويتقدم على الوصايا لأنه دين وقد قضى النبي ﷺ أن الدين قبل الوصية

﴿مسئلة﴾ (فإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن الربع عتق ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه)

وهو قول أبي بكر لأنه يجب رده إليه فلا يرد إلى الرق لمعجزه عنه لأنه عجز عن أداء حق هو له لاحق للسيد فيه فلا معنى لتعجزه فيما يجب رده إليه وقول علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «إذا أصاب المكاتب حداً وميراً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد» رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وروى عن عمر وعلي أنه إذا أدى الشطر فلارق عليه وروى ذلك عن النخعي

(فصل) فأما ولد ولدها فان حكمه حكم أمه لان ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنيتها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تسري الكتابة اليه لان السراية انما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا تسري اليه بدليل أن ولد ام الولد قبل أن يستولدها لا يسرى اليه الاستيلاد وهذا الولد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما يثبت حكم أمها ، ولان البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها لان عليه إتباعها لانها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسري الى ولدها كالكتابة وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامها في الكتابة فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿مسئلة﴾ قال (ويجوز بيع المكاتب)

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من

وقال عبد الله بن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وظاهر كلام الحربي انه لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة

وروى الاثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا : المكاتب عبد مابق عليه درهم وهو قول القاسم وسالم وساجان بن يسار وعطاء وقتادة واثوري وابن شهرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وزوي ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فحجز عن عشر أواق فهو رقيق »

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد مابق عليه درهم » رواه ابو داود ولانه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل ادائه كالتدبر المتفق عليه ولانه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنتين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى الى المقر وما أشبهها من الصور جمعاً بين الاخبار وتوفيقاً بينهما وبين القياس ، ولان قول النبي ﷺ « اذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع ما يؤدي وروى سعيد بإسناده عن ابي قلابة قال : كن أزواج رسول الله ﷺ لا يحتجن من

مكاتب قل لا يجوز. وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى انه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعته وعتقه
وقال الزهري وأبو الزناد: يجوز بيعه برضاه ولا يجوز اذا لم يرض، وحكى ذلك عن أبي يوسف لأن بريرة انما بيعت برضاها وطلبها ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه.

ولنا ما روى عروة عن عائشة أنها قالت جاءت بريرة إلي فقالت يا عائشة اني كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونقست فيها ارجعي إلى أهلك إن أحبوا إن أعطيتهم ذلك جميعاً فقلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شئت أن نحتسب عليك؛ فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لا يمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي انما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « ما بال ناس يشترون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه

قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبه ولم ينكر ذلك في ذلك أي بين البيان ان بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلاً على عجزها وتأوله له الشافعي على

ما بقي عليه دينار ويجوز ان يتوقف العتق على اداء الجميع وإن وجب رد البعض اليه كما لو قال اذا أدبت إلي فانت حر والله علي رد ربها اليك فانه لا يعتق حتى يؤديها وإن وجب عليه رد بعضها

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (واذا كاتب عبيداً له كتابة واحدة بعوض واحد صح)

مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بالف فيصح في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح وإسحاق وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه فيه قول آخر أنه لا يصح لأن العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة عوض كل واحد منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وانما جهل تفصيله فلم يمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم ثلاثة إذا ثبت هذا فكل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف يقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لانه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أدهم عتق، وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لابي

انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة وليس في الخبر ما يدل عليه بل قولها أعينني على كتابتي دلالة على بقائها على الكتابة ولانها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالمعجز انما يكون بمضي عامين عند من لا يرى المعجز إلا بحلول نجمين أو بمضي عام عند الآخرين والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حرיתה مستقر على وجه لا يمكن فسحه بحال فأشبهه الوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته اذا عجز وفترقا

قال ابن أبي موسى وهل للسيد أن يبيع المكاتب باكثر مما عليه؟ على روايتين ، ولان المكاتب عبد مملوك لسيد لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصحة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وان مولاته لا يلزمها ان تحتجب منه بدليل قوله عليه السلام « اذا كان لاحد اكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » فيدل على انها لا تحتجب قبل ذلك وقد روينا في هذا عن نبهان مولى أم سلمة انه قال : قالت لي ام سلمة يانبهان هل عندك ماتودي؟ قلت نعم فاخرجت الحجاب بيدي وبينها وروت هذا الحديث، قال فقلت لا والله عندي ماؤدي ولا أنا بمؤد وانما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكا ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ويرجع عند المعجز إلى كونه قنأ ولو صار حراً ما عاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لأنه يزيل الرق

عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رهوسهم فيساوون فيه لانه أضيف اليهم اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو قر لهم بشيء

ولنا ان هذا عوض فيقتسط على العوض كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم بعب أو تلف أحدهم ورد الآخر ويختلف الاقرار فانه ليس بعوض إذا ثبت هذا فأبهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة وحكي ذلك عن أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذا امتنع أحدهم من الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقي واحتجوا بان الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقي ولا يحصل العتق إلا بآداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً وقال أبو حنيفة ان لم يقل لهم السيد ان ادبتم عتقتم فابهم أدى بحصته عتق وان ادوا جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبه بشيء وان قال لهم ان ادبتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى يؤدي الكتابة كلها ويكون بعضهم حيلة عن بعض يأخذ اياهم شاء بالمال واياهم أداها عتقوا كلهم ويرجع على صاحبه بحصتها ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فيبرأ كل واحد منهم بآداء حصته كما لو اشترى عبيداً وكما لو لم يقل لهم ان ادبتم عتقتم على أبي حنيفة فان قوله ذلك لا يؤثر لان استحقاق العتق بآداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالآداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق وقوله ان

بالكتابة وليس بعقد وانما هو اسقاط للملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع ماله ببيع ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا

(فصل) وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه لانه في معنى بيعه ، وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصرص عليه ثبت الحكم فيه (مسألة) قل (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب فاذا أدى صار حرا وولاؤه لمشتريه فان لم يبين البائع للمشتري انه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه وبينه ماله ومكاتبه)

وجملة ذلك ان الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها ولا نعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه اذا كان ماضيا فيها مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كاجارته ونكاحه ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كالمالك كان عند البائع مبقى على ما بقي عليه من كتابته ويؤدي الى المشتري كما كان يؤدي الى البائع فان عجز فهو عبد لمشتريه لانه صار سيده ، وان أدى عتق وولاؤه لمشتريه لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار المشتري

هذا العقد كتابة واحدة ممنوع فان العتد مع جماعة عمود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لان ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترا اذا ثبت هذا فانه ان شرط عليهم في العقد ان كل واحد منهم ضامن عن الباقيين ففسد الشرط والعقد صحيح وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى ان الشرط صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي العقد والشرط فاسدان لان الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العتد بدونه لان السيد انما رضي بالعقد بهذا الشرط فاذا لم يثبت لم يكن راضيا بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لانه من مقتضى العقد عندهما

ولنا ان مال الكتابة ليس بلازم ولا ماله الى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال ان ادبت الى الفاقنت حر ولان الضامن لا يلزمه أكثر من المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولان الضمان تبرع وليس للمكاتب اتبرع ولانه لا يملك الضمان عن حر ولا عن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه وأما العقد فصحيح بدليل ان الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد في رواية حنبل وكذلك ان اعتق بعضهم وعن مالك ان اعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

هو المعتق ولهذا قال النبي ﷺ « ابتاعي واعتقي فانما الولاء لمن أعتق » ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه وإذا لم يعلم المشتري كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء ان كانت أمة وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك كشتري الامه المزوجة او المعية فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن وبين امساكه وأخذ الارش وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقيقاً فنافي قال كم قيمته مكاتباً أو كم قيمته لو كان غير مكاتب؟ فإذا قيل قيمته مكاتباً مائة وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثلث مائة وعشرون فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التي نقصت بالكتابة من قيمته على ما قرر في البيع

(فصل) فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور ، وقال عطاء وعمر بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض فان باعه فليبع باطل وليس للمشتري

(فصل) فان أدى احد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل اداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير اذن سيده فان كان قد حل نجم صرف ذلك فيه وان لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وان علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لان قبضه له راضياً مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو اذن فيه صريحاً وان كان الاداء بعد ان عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه وكان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وان اداه محتسباً بالرجوع عليه باذن المؤدى عنه رجع عليه لانه قرض وان كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه باداء مالا يلزمه اداؤه بغير اذنه فلم يرجع عليه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وان كان باذنه وطلب استيفاء قدم على اداء مال الكتابة كسائر الديون وان عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفوا بعد الاداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه)

وهذا إذا ادوا وعتقوا فقال من كثرت قيمته ادينا على قدر قيمنا وقال الآخر بل ادينا على سواء فبقيت لنا على الاكثر بقية فمن جعل العوض بينهم على عددهم قال القول قول من يدعي التسوية ومن جعل على كل واحد قدر حصته فعنده فيه وجهان (أحدهما) القول قول من يدعي

مطالبة المكتاب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه فان سلم المكتاب الى المشتري نجومه ففيه وجهان (أحدهما) يعتق لان البيع تضمن الاذن في القبض فأشبه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستنبه في القبض وانما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض أيضاً فاسداً ولم يعتق بخلاف وكيله فانه استنبه، ولو صرح بالاذن فليس بمستنيب له في القبض وانما أذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالاداء يرى المكتاب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالثائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلها ورجع ذو الفضل بفضله وان قلنا لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق على المكتاب ويرجع المكتاب على المشتري بما دفعه اليه ويرجع المشتري على البائع فان سلمه المشتري الى البائع لم يصح التسليم لانه قبضه بغير اذن المكتاب فأشبه ما لو أخذ من ماله بغير اذنه فان كان من غير جنس مال الكتابة تراجم بالكل واحد منهما على الآخر وان باعهما أخذ به في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز اذا كان ما قبضه السيد باقياً وان كان قد تلف ووجب قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصا وان كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسب به جاز

(فصل) واذا كانت المكتبة ذات ولد يتبعها في الكتابة فباعها معاً صح لانها ملكه ولا مانع من بيعها ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وان باع أحدهما دون صاحبه او باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

التسوية لان ايديهم على المال فيتساوون فيه (والثاني) قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه لان الظاهر ان الانسان لا يؤدي الا ما عليه

(فصل) فان جنى بعضهم غنائه عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي وقال مالك يؤدون كلهم ارشه فان عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » ولانه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا ولان ما لا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالتقصاص وقد بينا ان كل واحد منهما مكتاب بقدر حصته فهو كالمفرد بعقده

(فصل) اذا شرط المكتاب في كتابته ان يوالي من شاء فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لانعلم في بطلان الشرط خلافاً لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضايا اراد أهلها ان يبيعوها ويشرطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « اشترئها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد

(أحدهما) أنه لا يجوز التفريق بين الام وولدها في البيع الا بعد البلوغ في إحدى الروايتين (والثاني) أن الولد تابع لأمه ولها كسبه وعليها نفقته فصار في معنى مملوكها فلم يجز التفريق بينه وبينها ويحتمل أن يجوز ذلك إذا كان بالغاً لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ويمتق بعثتها كما لو بيع والله أعلم

(فصل) وان وصى بالمكاتب لرجل فقال أبو بكر قال أحد الوصية به جائزة لأنه يرى بيعه وكذلك هبته ويقوم من انتقل اليه مقام مكاتبه في الاداء إليه وان عجز عاد اليه رقيقاً له قنا وإن عتق فالولاء له كما ذكرنا في المشتري سواء فإن عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لان رقه لا ينافي الوصية وان أدى وعتق في حياة الموصي بطلت الوصية ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتي صحت الوصية اذا عجز في حياة الموصي وان عجز بعد موته لم يستحقه لان الشرط بطل بموته كما لو قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات سيده وان قل ان عجزت بعد موتي فهو لك فهذا تعليق للوصية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا في صحتها وجهين

(فصل) وان وصى بكتابته لرجل صحت الوصية لانها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه

فما بان اناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله احق وشرط الله اوثق انما الولاء لمن اعتق « متفق عليه ولان الولاء لا يصح نقله بدليل ان النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال « انما الولاء لمن اعتق » ولانه خلة كالحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقراية ولانه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير العتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير النكاح ولا حكم البيع لغير العاقد وسواء شرط ان يوالي من شاء أو شرط لبائعه أو لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه أحمد وقال الشافعي تفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولاً ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع ولنا حديث بريرة فان أهابها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال « انما الولاء لمن اعتق » ويفارق جهالة العوض فانه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد الا به وربما افضت جهالته الى التنازع والاختلاف وهذا شرط زائد فاذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بجأه فان قيل المراد بقوله عليه السلام « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لان النبي ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقوله تعالى (وان أسأتم فلها) قلنا لا يصح ثلاثة وجوه (أحدها) أنه مخالف وضع اللفظ والاستعمال

(والثاني) ان أهل بريرة أبو هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه؟

في الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريته والموصى له ان يستوفي المال عند حلوله وله ان يبرئ منه فاذا استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيدته لانه المنعم عليه وإن عجز المكاتب فأراد الوارث تعجيله وأراد الموصى له انفاذه فالقول قول الوارث لان حق الموصى له في المال ما دام العقد قائماً وحق الوارث متعلق به إذا عجزه يرد في الرق وليس للموصى له ابطال حق الوارث من تعجيله وإن أراد الوارث انفاذه وأراد الموصى له تعجيله لم يكن له لان الحق في التعجيل والفسخ للوارث ولا حق للموصى له في ذلك ولا بيع لان حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبداً للورثة وإن وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح لانها وصية بصفة فان عجل شيئاً فهو للموصى له وإن لم يعجل شيئاً حتى حلت نكحومه بطلت الوصية .

(فصل) وان وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر صحت الوصيتان فان أدى الى صاحب المال أو أبرأه منه عتق قال أصحابنا وتبطل وصية صاحب الرقبة ، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه في استحقاق الرقبة ولو لم يوص بها لكان الولاء له فاذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ولانه لو وصى له بالمكاتب مطلقاً لكان الولاء له فكذلك اذا وصى برقبته لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وإن عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقاً له وبطلت الوصية بالمال وإن كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئاً فهو له وإن اختلفا في فسخ الكتابة عند المعجز

(الثالث) ان ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لانه مقتضى العتق وحكمه ولان في بعض الالفاظ « لا يمنعك هذا الشرط منها ، ابتاعي واعتقي » وإنما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفاً لنا ان وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق

(فصل) فان شرط السيد على المكاتب ان يرثه دون ورثته أو مزاحمتهم في موارثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي واسحاق وإجاز إياس بن معاوية ان يشرط شيئاً من ميراثه ولا يصح لانه يخالف كتاب الله وكل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وروى سعيد ثنا هشيم عن منصور عن ابن سيرين باسناده أن رجلاً كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب خاصم ورثته إلى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل ما ينفي شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) فان شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة وقال مالك والزهري لا يصح لانه ينافي مقتضى العقد أشبهه مالو شرط ميراثه

ولنا أنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم : أن يخدموا الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولانه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه مالو شرطها قبل

قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم وقياس هذه المسئلة انه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح لان الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر

(فصل) وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم تصح الوصية لانه لا شيء في ذمته، وان قال وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدي فيها المال كما يؤدي في الصحيحة وان وصى برقبة المكاتب صح لان الوصية برقبة المكاتب تصح في الكتابة الصحيحة في الفاسدة أولى .

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لانه مع سيده في المعاملة كالأجنبي ولذلك جاز أن يدفع اليه زكاته فان قال ضعوا عن مكاتبه بعض كتابته أو بعض ماعليه وضعوا ماشاءوا قليلا كان أو كثيراً من أول نجومه أو من آخرها وان قال ضعوا عنه نجوماً من نجومه فاهم ان يضعوا أي نجم شاءوا كما لو قال ضعوا أي نجم شئتم وسواء كانت نجومه متتقة أو مختلفة لان اللفظ يتناول واحداً منها غير معين وان قال ضعوا عنه أي نجم شاء كان ذلك الى مشيئته فيلزمهم وضع النجم الذي يختار وضعه لأن سيده جعل المشيئة له وإن قال ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها مالا لانه أكبرها قدراً، وإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها لان أكثر الشيء يزيد على نصفه

العتق ولانه شرط نفعا معلوما أشبه ماله شرط عوضاً معلوما ولا نسلم انه ينافي مقتضى العقد فان مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا ينافيه

(فصل) إذا كاتبه على الفين في رأس كل شهر الف وشرط أن يعتق عند أداء الاول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه لان السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

﴿مسئلة﴾ (وتجوز كتابة بعض عبده فإذا أدى عتق كله قاله أبو بكر)

لانه معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فإذا أدى جميع كتابته عتق كله لانه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فالملك أولى ويجب أن يؤدي إلى سيده مثلي كتابته لان نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدي في الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

﴿مسئلة﴾ (وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه)

إذا كان لرجل نصف عبد فكاتبه صح سواء كان باقيه حراً أو مملوكاً غيره وسواء أذن الشريك أو لم يأذن وهذا ظاهر قول الخرق وأبي بكر وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وحكي عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعمري وكره الثوري وحامد كتابته بغير إذن شريكه، وقال

فاذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة ، وإن كانت ستة وضعوا أربعة ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالا بمنزلة قوله أكبر نجومه فان كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الاول ، وإن قال ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعددها منفرد فيتعين وضع أوسطها عدداً فاذا كانت خمسة فالأوسط الثالث وإن كانت سبعة فالأوسط الرابع ، وإن كان عددها مزدوجاً وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مئتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المئتان فتعين الوصية فيه لانه أوسطها وإن كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان منها الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية فيما هو الى شهرين لانها أوسطها

وان اتفقت هذه المعاني الثلاثة في واحد تعينت الوصية فيه وإن كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً فذلك الى اختيار الورثة فلم يوضع ماشاءوا منها وإن اختلف الورثة والمكاتب فيما اراد الموصي منها فالقول قول الورثة مع ايمانهم انهم لا يعلمون ما اراد الموصي ثم التعمين اليهم ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة احدها ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد فان كان شفعاً كأربعة وستة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما اذا وصى بأوسط نجومه وإن قال ضعوا عنه ماخف او قال مايشغل او ما يكثر كان ذلك الى تقدير الورثة لان كل شيء يخف

اثرري ان فعل رددته إلا أن يكون بعده فيضمن لشريكه نصف ما في يده وقال ابو حنيفة يصح باذن الشريك ولا يصح بغير اذنه وهو أحد قولي الشافعي إلا أن أبا حنيفة قل الاذن في ذلك اذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه ، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاتباً ، وقال الشافعي في أحد قولي ان كان باقية حراً صحت كتابته وإن كان ماسكاً لم يصح سواء اذن فيه الشريك أم لم ياذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في الكسب والسفر وملك نصفه يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لثلاثين كسباً فيستحق سيدة نصفه ولانه اذا أدى عتق جميعه فيفضي الى أن يؤدي نصف كتابته ثم يعتق جميعه

ولنا أنه عقد معاوضة على نصيبه فصح كسبه ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولانه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقية حراً عند الشافعي أو اذن فيه الشريك عند الباقيين وقولهم إنه يقتضي المسافرة والكسب واخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من مقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد ، وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه واخذه الصدقة بجزئه المكاتب ولا يستحق الشريك شيئاً منه لانه انما يستحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك ما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر ، وأما الكسب فان هبناه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وإن لم يهبه فمكسب

الى جنب ما هو أخف منه كما قال أصحابنا فيما اذا وصى بمال عظيم أو كثير أو ثقل أو خفيف وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه وضع عنه النصف واذنى زيادة ، وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة ارباع واذنى زيادة وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها ، وان قال ضعوا عنه ماشاء فشاء وضع كل ماعليه وضع ماعليه لان وصيته تتناول له وان قل ضعوا عنه ماشاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل لان من التبعض فلا تتناول الجميع ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرناه

(مسئلة) قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ذارحمه من المحرم عليه نكاحه لم يستقوا حتى يؤدي وهم في ماله فان عجز فهم عيده لسيده)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) انه يصح أن يشتري من ذوي ارحامه من يعتق عليه بغير اذن سيده وهذا قول الثوري واسحاق واصحاب الرأي

وقال الشافعي لا يصح لانه تصرف يؤدي الى اتلاف ماله لانه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه فأشبه الهبة فان أذن له سيده فيه فمنهم من قل يجوز قولاً واحداً وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز بأذنه ومنهم من قل فيه قولان

بجماته شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لانه كسبه بجزئه المملوك فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فقسم بين سيده وقولم انه يفضي الى ان يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه فلنا يبطل هذا بما لو عاق عتق نصيبه على أداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على انا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ولانه لا يعتق الجميع بالأداء وانما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمتنع هذا كالموسر اعتق بعضه عتق جميعه وإذا جاز عتق جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق

● (مسئلة) (وإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله ان كان الذي كاتبه موسراً وعليه قيمة حصه شريكه)

وجملة ذلك ان احد الشريكين إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يمتد الجزء الحر الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم تسر كالبيع وليس للعبد ان يؤدي الى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء اذن الشريك في كتابته او لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيب شريكه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له هذا إذا كان الكسب لجميعه فان ادى الكتابة من جميع كسبه لم

ولنا انه اشترى مملوكا لا ضرر في شرائه فصاح كالأجنبي وبيانه انه يأخذ كسبهم ، وان عجز صاروا رقيقاً لسيد ، ولانه يصح ان يشتريه غيره فصاح شراؤه له كالأجنبي ويفارق الهبة لانها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع الى المكاتب ولا السيد ولانه تحقق السبب وهو صدور التصرف من اهله في محله ولم يتحقق المانع لان ما ذكره لا نضر فيه ولا أصل له يقاس عليه

(الفصل الثاني) انهم لا يعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلا يقع بالشراء الذي أقيم مقامه ولا يجوز له بيعهم ولا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه. وقال اصحاب الرأي له بيع من عدا المولودين والوالدين لانهم ليست قرابتهم قرابة حرية ولا تعصية فأشبهوا الاجانب ولنا انه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كوالديه ولانهم نزلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كيداه فاذا أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولائهم له دون سيدهم لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فيكونون بمنزلة ما لو اشتراهم بعد عتقه وان عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصرون للسيد بمجرد كعبده الاجانب

(فصل) وكسبهم المكاتب لانهم مما يملكه ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لا يملكهم فلا يملك التصرف فيهم وان أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا

يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له وان أدى اليها جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سرى الى سائر ان كان الذي كاتبه موسراً وتلزمه قيمة نصيب شريكه لان عتقه بسبب من جهة أشبه ما لو باشره بالعتق او علق عتق نصيبه بصفة فعتق بها فأما ان ملك شيئاً بجزئه المكاتب كمن هأياه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو أعطي من الصدقة من سهم الرقاب فلا حق لسيد في له أداء جميعه في كتابته لانه يستحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبهه النصف الباقي بعد اعطاء الشريك حقه ولو كان ثلثه حراً وثلثه مكاتباً وثلثه رقيقاً فورث بجزئه الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لانه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق ماله منه شيئاً واذا أدى جميع كتابته عتق فان كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما اذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التي تقول فيها بالاستسعاء فانه يستسعى في نصيب الذي لم يكتب وان كان موسراً سرى الى باقيه

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسراً وعليه قيمة نصيب المكاتب وقال أبو بكر واقاضي لا يسري الى النصف المكاتب)

لانه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز ابطاله الا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ ، وقال ابن أبي ليلى عتق الشريك موقوف حتى تنظر ما يصنع في الكتابة فان أداها عتق وكان المكاتب

لتعلق حق سيده بهم وان أعتقهم باذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وان أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعته كما تبطل بموته وعلى ما اخترناه يمتنعون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالبراء من مال الكتابة او بادائه يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول الا بالاداء او ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على ابطالها فيما يرجع الى ابطال حق المكاتب وانما يتسلط على ابطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب ، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى ، وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقاً ، وقال ابو يوسف ومحمد يسعون في الكتابة على نجومها ، وكذلك 'م' ولده ، وقل ابو حنيفة في الولد خاصة ان جاء في بالكتابة حالة قبلت منه وعتق

ولنا أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كلاجني وان خلف وفاء انبنى على الرايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

(فصل) وان وهب له بعض ذوي رحمه فله قبوله ، وان وصى له به فله قبول الوصية لانه اذا ملك شراء مع مافيه من بدل ماله فلان يجوز بغير عوض أولى واذا ملكه فحكمه حكم مالوا اشتراه (فصل) ويجوز أن يشتري المكاتب امرأته والكتابة زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز

ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وان عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وولاؤه كله له وانما الشافعي فلا يجوز كتابته الا باذن شريكه في أحد قوليه فان كاتبه باذن شريكه فأعتق الذي لم يكاتب فهل يسري في الحل أو يقف على العجز ؟ فيه قولان

ولنا أنه عتق لجزء من العبد من موصر غير محجور عليه فسرى إلى باقيه كالقن وقولهم انه يفضي الى ابطال الولاء قلنا إذا كان العتق يؤثر في ابطال الملك الثابت الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولانه لو أعتق عبداً له اولاد من معتقة قوم نقل ولأهم اليه فاذا نقل ولأهم الثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولأهم لم يثبت بعد باعتاق من عليه الولاء أولى ولانه نقل الولاء عن لم يغيرم له عوضاً فلان ينقله بالعوض أولى فانتهال الولاء في موضع جر الولاء ينهب على سرية العتق وانتقال الولاء الى المعتق لكونه أولى من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الولاء ثم ثابت وهذا بعرض الثبوت (الثاني) أن انتقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (الثالث) أنه انتقل بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وإن كان المعتن معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة فان ادى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وان عجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا إلا على الرواية التي تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه في قيمة باقيه ولا يستسعى في حال الكتابة لان الكتابة بمعاية فيما انتقل

للمكاتب كسراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا ينفسخ لان المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له التسري ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبهه العبدان ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه ثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجري الربا بينه وبينه وانما منع من التسري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الرهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولم يعتق عليه ذؤو رحمه لذلك فإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لانه أجنبي منه

(فصل) وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا ينفسخ النكاح لانها لا ترثه وانما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لالوارث فان عجز وعاد رقيقاً انفسخ النكاح حيثئذ لانها ملكت نفسها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيده لا يعتق بموته فوجب أن ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولانها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لاجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبدان وأما كون الولاء للميت فلان السبب رجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله او ترث نصيبها منه لانها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقية لانه لا يتجزأ وكذلك لو اشترت زوجها أو جزءاً منه او ورثت شيئاً من العبدان بطل نكاحها وان كانت لا ترث أباهما مانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنات وكذلك لو تزوج رجل مكاتبه فورثها او ورث شيئاً منها انفسخ نكاحه لذلك والله أعلم

عليه فاستغني بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فإذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع الى السعاية في القيمة وحديث ابن عمر حجة لما ذهبنا اليه وهو ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من اعتق شركاً له في عبد فإن كان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد والا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه ورواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر وهذا الحديث حجة على من خالفه وهذا قول الحنفي والله تعالى أعلم

﴿مسئلة﴾ (وإن كاتباً عبدهما جاز سواء كان على التساوي أو التفاضل ولا يجوز أن يؤدي اليهما إلا على التساوي)

إذا كان العبد لرجلين فكاتباه معاً سواء تساوا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلفا وسواء كان في عقد واحد أو عقدين صح وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولا التساوي في المال مع التفاضل في الملك لان ذلك يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر لانه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

﴿مسئله﴾ قال (واذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فاجابوه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالآخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذاً من المال وليس على العبد شيء)

اعترض على الخرق في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده مع أنه قد ذكر في باب العتق إذا قل العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال واعتقي فاشترى بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ويكون السيد قد أخذ ماله وقد أجاب القاضي عن هذا الاشكال بوجه منها أن يكون مكاناً وقوله بيعوني من نفسي بهذه أي أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عني ما بقي من كتابتي ولهذا ذكرهما في باب المكاتب (الثاني) أن يكون المال في يد العبد لاجنبي قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه اياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون رضي سادته ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم له مشروطاً بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قل بعتك

وانا أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلعا في العوض كالبيع وما ذكره لا يلزم لان انتفاع أحدهما بمال الآخر انما يكون عند المعز و ليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليهما على التساوي فاذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر المسكين فلم يكن أحدهما منتفعاً الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع الآخر عليه بنصف قيمته فلما يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكتب الآخر على مائتين في نجمين في الاول خمسون وفي الثاني مائة وخمسون فيكون وقتهما واحداً فيؤدي الى كل واحد منهما حقه على أن أصحابنا قد قالوا لا يسري العتق الى نصيب الآخر ما دام مكاتباً فلا يفضي الى ما ذكره وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن سراً العتق من غير ضرر بأن يكتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم اليه باقي المال وحصل له ولواء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكنه قد رضي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فانه يعتق عليه ويسري عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز

نفسك بخدمتي سنة فان منافعه مملوكة لسيدته وقد صح هذا فيها فكان ههنا وهذا الوجه اظهرها ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجوز تأويله بغير دليل واذا تعذر هذا ففي اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرج من ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقا مشروطا بالقبض ، وبهذا قال الخرقى فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين المدينين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر احدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما عدلان شهدا للعبد باده ما يعتق به قبلت شهادتهما كالأجنبيين ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركما فيما أخذاه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهما فثمنه يجب ان يكون بينهما ولان مافي يد العبد لهم والذي أخذاه كان في يده فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو اقر بشيء لغيرهما لهما فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون ما لهما

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعا بها عن انفسهما مغرما ومن شهد شهادة جر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة

(فصل) ولا يجوز ان يختلفا في التنجيم ولا ان يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الآخر أكثر من الآخر في أحد الوجهين لانه لا يجوز ان يؤدي اليهما إلا على السواء ولا يجوز تقديم أحدهما بالوفاء على الآخر واختلافهما في ميعات النجوم وقدر المؤدى ينفي إلى ذلك (والثاني) يجوز لانه يمكن ان يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن ان يأذن له أحدهما في الدفع الى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن ان ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن افضاء المقد إلى مقصوده فلا يبطله باحتمال عدم الافضاء إليه (فصل) وليس للمكاتب ان يؤدي الى أحدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا لانهما سواء فيستويان في كسبه وحققها متعلق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له ان يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ولانه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فان قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض والآخر ان يأخذ منه حصته إذا لم يكن اذن في القبض فان اذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يضح لان النفع لحقه فجاز بأذنه كما لو اذن المرهن للرهن في التصرف فيه او اذن المشتري للبائع في قبض للبيع قبل أن يوفيه

غير معتبرة فيه والتممة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض وله مطالبته بنصيبه او مشاركة صاحبه فيما اخذ فان شاركهما أخذ منهما ثلثي مئة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظمني وأخذ مني مرتين وان اخذ من الشاهدين فهما يقولان ظمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا ان شهادة العدلين مقبولة أو لا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤخذ باقراره فان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق اذا حلف الآن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجبران الى أنفسهما بهذه الشهادة نفعا

(فصل) واذا كان العبد بين شريكين فكانت باه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقه عتق فان أنكر او لم تكن بيته فالقول قولهما مع ايمانها وان اقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر واما المنكر فعلى قول الخرقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلاً فيحلف العبد مع شهادته ويصير حراً ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرماً والقول قول سيده مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فان قيل فالمنكر ينكر

منه أو اذا للمكاتب في التبرع ولا نهما لو اذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المصدق عليه له كذلك ههنا (والثاني) لا يجوز وهو اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لان ما في يد المكاتب ملك له فلا ينفذ اذن غيره فيه وانما حق سيده في ذمته والاول أصح ان شاء الله تعالى لان الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للنكاح وقولهم إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لان كونه ملكاً له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وانما المنع لتعلق حق سيده به فاذا اذن زال المنع فصح التقبض لوجود مقتضيه وخلوه من المنع ثم يبطل بما ذكرنا من المسائل فعلى هذا الوجه اذا دفع الى أحدهما مال الكتابة باذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لانه استوفى حقه ويسري العتق الى باقيه ان كان موسراً وعليه قيمة حصة شريكه لان عتقه بسببه وهذا قول الخرقي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقي من كتابته وولاؤه كله له وما في يده من المال للذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية للسيد وعلى ما اختاره شيخنا يكون الباقي كله للعبد لان الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وانما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فان ادى الى الآخر عتق عليها وولاؤه لهما

قبض شريكه فكيف يرجع عليه؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز ان يكون قد قبض فلم يعلم به واذا أقر بمتصور لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه فان قيل لو كان عليه دين لاثنين فوفى احدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا قلنا ان كان الدين ثابتاً بسبب واحد فما قبض احدهما منه يرجع الآخر عليه كمسائلنا وعلي أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته فحسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب ولا بدفع شيئاً منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتاً فيه

اذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لانه انما قبض حقه وان رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع احدهما على الآخر بما اخذ منه لما ذكرنا من قبل ، وارجع العبد عن اداء ما يرجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالم باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرقة شيء منه لانه يزعم اني ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي ان قبض شيئاً فقد استحق نصفه بغير إذني

وما يبقى في يده من كسبه فهو له وان عجز وفسخت الكتابة قوم على الذي أدى اليه وكن ولاؤه كله له وتنسخ الكتابة في نصفه، وان مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولبيده الذي لم يعتق نصيبه ان يأخذ مما خلفه مثلاً أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى اليه بالولاء وان قلنا لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبض بغير اذنه وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعق عليها جميعاً ، وان مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقي بينهما قال أحمد في رواية ابن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فأدى الى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى الآخر لمن ميراثه؟ قال أحمد كل ما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما قال ابن منصور : قال اسحاق بن راهويه كما قال

(فصل) فان عجز مكاتبهما فلها الفسخ والامضاء فان فسخا جميعاً أو امضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسخ احدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قنا ونصفه مكاتباً وقال القاضي تنسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخ الكتابة اليه ناقصاً

فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتعة على كلا القولين لان السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة الى أحدهما ليدفع الى شريكه حقه وبأخذ الباقي وأنكر المدعى عليه حلف وبرئ وإذا قال أما دفعت الي حقي وإلى شريكي حقه ولاينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في انه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبة بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا أنكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً وإنما تقبل البيعة إذا شهدت بصدق المدعي (والثاني) أنه يدفع عن نفسه مفرماً فان عجز العبد فاعتبر القابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ، ويحتمل ان لا تقوم أيضا لان القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق ولا يعتق حتى يسلم الي مثل ما سلم إليه فاذا كان أحدهما يدعي رق جميعه والآخر يدعي حرية جميعه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض

ولنا أنها كتابة عن ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابته ولانها عقدان مفردان فلم يفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع وما حصل من القبض لا يمنع لانه إنما حصل ضمناً لتصرف الشريك في نصيبه فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان لا يبطله في دوامه أولى ولان ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزال بفسخ عقد غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ لوجوه ثلاثة (أحدها) ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول بزوال عقده وفسخ تصرفه في ملكه (الثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكره من الحكم ولا يعرفه نظير فيكون بمنزلة المصالح المرسله التي وقع الاجماع على اطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته وغير ذلك فيكون أولى

(الثالث) ان ضرر الفسخ يتعدى الى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه ، ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح (فصل) واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان في يده مال فهو لسيدته سواء كان من كسبه أو صدقة تطوع أو وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (أحدهما) هو لسيدته وهو قول

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت إلى شريكي نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع بيمينه وله مطالبة من شاء منها بجميع حقه وللرجوع عليه أن يحلفه ، فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبرأته منه وإنما يزعم أن شريكه ظلمه ولا يرجع علي غير ظالمه فإن رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بها سواء صدقه في دفعها إلى المنكر أو كذبه لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبرر فكان مفرطاً ويعتق العبد بأدائها فن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فإن تعذر ذلك فله تعجيله واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه في دفع الخمسين إلى شريكه ولا يقوم لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المذكور تعجيله واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على أقول في تعجيل العبد نفسه مع القدرة على الأداء إن قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه وإن قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لأنه لا قدر على الأداء فن قبل فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف

أبي حنيفة وقال عطاء يجعله في السبيل أحب إلي وإن أمسكه فلا بأس (والرواية ثمانية) يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكتابين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي واشوري واختار أبو بكر والقاضي أنه يرد إلى أربابه وهو قول إسحاق لأنه إنما دفع إليه ليصرف في العتق فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالأزدي والغارم وابن السبيل

ووجه الرواية الأولى أن ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ما أخذه منه ولأنه يأخذ حاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين ، وأما الغازي فنه يأخذ حاجتنا إليه بقدر ما يكفي لغزوه . فأما الغارم فإن غرم لأصلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ حاجتنا إليه وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كسائلتنا لا يردده (فصل) فأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لأن المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما في يد المكاتب فإن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وما تلف في يد المكاتب لم يرجع به عليه سواء عجز أو أدى لأن ماله تلف في يده أشبه ما لو تلف في يد سائر أصناف الصدقة وإن اشترى به عرضاً وعجز والعرض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجدته بعينه لأن العرض عوضه وقائم مقامه فأشبه ما لو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرساً وسلاحاً ثم فضل عن حاجته (فصل) وموت المكاتب قبل الأداء كعجزه فيما ذكرنا لأن سيده يأخذ ما في يده قبل حصول

ما قبضه إذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع عليه بها كان قابضاً جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم .

(مسئلة) قال (واذا قال السيد كاتبك على ألفين وقل العبد علي ألف فالقول قول السيد مع يمينه) .

قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الكوسج ، وهو قول الثوري والاوزاعي وإسحاق وقال أبو بكر اتفق أحمد والشافعي على أنها يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنها اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تكن بينة كالتبايعين وحكي عن أحمد رضي الله عنه رواية ثالثة أن القول قول المكاتب ، وهو قول أبي حنيفة لانه منكر للألف الزائد والقول قول المنكر ولانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

ولنا انه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كالأول اختلفا في أصاها ويفارق البيوع من وجهين

مقصود الكتابة وإن أدى وبقي في يده شيء فخكمه في رده واخذه حكم سيده في ذلك عند عجزه لانه مال لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، فان كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه ما يحتاج اليه في ادائها (فصل) إذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعاقب للحرية على صفة تحدث بعد الموت وفيه اختلاف ذكرناه ، فان قلنا لا يصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة ، فان ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء يعجز عنه . وإن كان بعد حلوله ومعه ما يؤديه لم يقبل قوله لانه غير عاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال وعجزه فاذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له إن لم تكن كتابته فسخت لان العجز لا تنفسخ به الكتابة وانما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية يحصل به بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالأبراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض اصحابنا أن كتابته تبطل ويكون مافي يده لورثة سيده

(فصل) إذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبراه من مال الكتابة فان كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة

(أحدهما) أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار اليه والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيدته فالقول قوله فيه

(والثاني) أن التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فإن الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته وإنما قدمنا قول المذكر في سائر المواضع لأن الأصل معه والأصل ههنا مع السيد لأن الأصل ملكه العبد وكسبه. فإذا ثبت هذا فتنى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعي المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر ودعية ويقول السيد هما جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه ، فإن كان من جنس واحد تقاصاً بقدر أقلها وأخذ ذو الفضل فضله :

(فصل) وإن اختلفا في أداء النجوم فقال المكاتب أدت وعتقت وانكر السيد فالقول قول

المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فإنا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث وإن كان بالعكس اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهي قيمة ما اتلف بالاعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فإن للعبد إسقاطه بتعجيل نفسه أو يمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواء وقد ضعف ما كره فيه وصار عوضه . وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب مائة فإنا نضم الأقل من قيمته أو مال الكتابة ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيبقى ثلثه بخمسين فأداهما أن نقول قد زاد مال الميت لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم ثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما يعتق منه لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والأرض عنه ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لأن ربهما يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فإن كان ثلاثة أرباع مال الكتابة مائة وخمسين وقيمة العبد مائة والميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم ثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتاً في ثلثيه ونصف تسعه

السيد مع يمينه لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شي منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك

(فصل) وان كاتب عبيدين واستوفى من احدهما ولم يدر من أيهما استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبيده وأنسيه فان ادعى الآخر عليه انه أدى فعليه اليمين انه ما أدى اليه فان نكل عتق الآخر فان مات السيد قبل القرعة اقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم انه المؤدي فعليه اليمين انهم لا يعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام أحد العبيدين بينة انه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة السيد أو بعد موته فان كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر وان كان بعدها فكذلك لأن القرعة ليست عتقا وانما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة فتبين بقاء الرق في الذي ظننا حرية كما تبيننا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق يتخرج على قول أبي بكر وابن حامد أن يعتقا على ما ذكرناه في الطلاق وكذلك الحكم فيما اذا ذكر السيد المؤدي منها ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على المدعى عليه سواء كان السيد أو ورثته الا انه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت وان كانت على ورثته فاليمين على نفي العلم الا ان يدعي الاداء اليهم فتكون ايمانهم على البت أيضاً وعلى كل واحد من الورثة يمين لان كل واحد منهم يدعي عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

وحصل للورثة المائة وثمانية أضعاف الحسين وهو مثلاً ماعتق منه . فان قيل لم أعتقم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا الكتابة ، ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحن الورثة ، والموضع الذي لا يعتق إلا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فما حصل لاستيفاء يخص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض (فصل) فان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة والحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه في مرضه أو أبرأه إلا انه لا يحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وإن لم يخرج الاقل منها من ثلثه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ماعتق ويبقى باقيه على باقي الكتابة فاذا أداه عتق جميعه وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي . وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء لان حق الورثة متحقق الحاصل فانه ان أدى وإلا عاد الباقي فناً وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منا اذا لم يكن للميت مال سواء لثلاث يتنجز للوصية ماعتق ويتأخر حق الوارث ولذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم يتنجز وصيته من الحاضر والاول أصح لما ذكرناه وأما الحاضر والغائب فانه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقه آخر غير سيده فقال سيده قد أدى إلي وعنت فأنجر ولاء ولده إلي فأنكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حياً فقد صار حراً بهذا القول فإنه إقرار من سيده بمعتقه وينجر ولاء ولده إليه وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لأن الأصل الرق وبقاء ولائهم له فيجلف ويبقى ولاؤهم له

(مسئلة) قال (وإذا عتق الأمة أو كانت لها شرط مافي بطنها أو أعتق مافي بطنها أدونها له شرطه)

روي نحو هذا القول عن ابن عمر وأبي هريرة والنخعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابن سيرين له ما استثنى ، وقال عطاء والشعبي إذا استثنى مافي بطنها فله استثنائه وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لأن النبي ﷺ نهى عن الثنياء إلا أن تعلم ، ولائته لا يصح استثنائه في البيع فلا يصح في العتق كبعض أعضائها ولنا قول ابن عمر وأبي هريرة ولم نعلم لهما مخالفاً في الصحابة قال أحمد أذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا أذهب إليه في البيع

وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى مافي بطنها ولأن النبي ﷺ قال « المسلمون على شروطهم » وهذا قد شرط مافي بطن معتقه فكان له بمقتضى الخبر ولائته يصح إقراره

للموصى له ثلث الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحل فهي كمسئلتنا ولم تكل له جميع وصيته لأن الغائب غير موثوق بمحصله فإنه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه . فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فإنها تنف على أدائه

(فصل) قال الخرقى وإذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فأجابوه فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتاباً أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذتا من المال وليس على العبد شيء ، اعترض على الخرقى في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين مافي يده مع أنه قد ذكر في باب العتق: إذا قال العبد لرجل اشتري من سيدي بهذا المال واعتقتني فاشتره بعين المال كان الشراء والعتق باطلاً ويكون السيد قد أخذ ماله . فأجاب القاضي عن هذا الاشكال بوجوه: منها أن يكون مكاتباً وقوله بيعوني نفسي بهذه أي اعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عني ما بقي من كتابتي ولهذا ذكرها في باب المكاتب (الثاني) أن يكون العبد لأجنبي قل له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه إياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون سادته رضوا ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم مشروط بتأدية ذلك إليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك نفسك بخدمتي سنة فإن منافعه مملوكة لسيده وقد صح

بالمعتق فصح استثنائه واما خبرهم فتقول به والحمل معلوم فيصح استثنائه بمقتضى الحديث ويقارق البيع فانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض ام لا ؟ والمعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ويكفي العلم بوجوده وقد علم ذلك ولذلك صح افراد الحمل بالمعتق ولم يصح افراده بالبيع ولان استثناء في البيع اذا بطل بطل البيع كله وههنا اذا بطل استثنائه لم يبطل العتق في الامة ويسري الاعتاق اليه فكيف يصح اعتاقه مع تضاد الحكم فيها ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لان العضو لا يتصور انفراد بالرق والحرية دون الحمل وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة فاذا عتق بعضها سرى الى المستثنى والولد حيوان منفرد لو اعتقه لم تسر الحرية الى أمه ويصح انفراد بالحرية عن أمه فيما اذا أعتقه دونها وفي ولد المأمور بحرية أمه وفيما اذا وطئ بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك في بعض الاعضاء ، ولان الولد يرث ويورث ويوصى به وله واذا قتل كان بدله موروثاً ولا تختص به أمه وتجب الكفارة بقتله والدية في مقابلته فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما ان أعتق ما في بطنها دونها فلا أعلم خلافاً فيه قول اسحاق بن منصور سئل سفيان عن رجل قال ما في بطنك حر قل هو حر والام مملوكة لان ولدها منها وليست هي من ولدها قال احمد واسحاق جيد

وقال مهنا سألت احمد رضي الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت فقد حبلت فقال لها مولاهما

هذا فيها فكذا ههنا قال شيخنا وهذا الوجه أظهر ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يحز تأويله بغير دليل . إذا تقرر هذا فتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرجهم عن ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقاً مشروطاً به ولهذا قال الحنفي وقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه وكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما شهدا للعبد بقاء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالاجنبيين ويرجع المشهود عليه عليهما فيشار كهما فيما أخذاه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهما فثمنه يجب أن يكون بينهما ولان ما في يد العبد لهما والذي أخذاه كان في يده فيجب ان يشترك فيه الجميع ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركتها لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت بما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو أقر بشيء لغيرهما فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما وقياس المذهب ان لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعان بها عن أنفسهما ضرراً ومغرمات ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة غير معتبرة فيه والنهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على

ما في بطنك حر ولم تكن حاملاً؟ قال لا تعتق فاعدت عليه اقول مرة أخرى فقال لا يكون شيء انما اراد ما في بطنها فلم يكن شيء . قال المروزي وسئل ابو عبد الله عن رجل أعتق عبداً له واستثنى منه خدمته شهراً فقال جائز

﴿مسألة﴾ قال (ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته)

وجهاته انه اذا كاتبه على ألف في نجمين الى سنة ثم قال عجل لي خمسمائة منه حتى اضع عنك الباقي او حتى ابرئك من الباقي او قال صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك وبه يقول طاوس والزهري والنخعي وابو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي

وقل الشافعي لا يجوز لان هذا بيع ألت بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو ان يزيد في الدين لأجل الاجل وهذا أيضاً هبة ولان هذا لا يجوز بين الا جانب والربا يجري بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالا جانب

ولما ان مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل انه لا يجبر على ادائه وله ان يمتنع من ادائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة الى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب فاذا أمكنه التمتع على وجهه

القبض وله مطالبة بنصيبه أو مشاركة صاحبيه بما أخذ فان شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظمني واخذ مني مرتين وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا ان شهادة العدلين مقبولة او لا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤخذ باقراره وان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق . إذا حلف الا ان يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجبران الى نفسهما بهذه الشهادة نفعا (فصل) وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقاها عتق وان أنكره

ولم تكن بينة فالقول قولهما مع أيمانهما وان اقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر فعلى قول الخريقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كانا عدلا فيحلف العبد مع شهادتهما ويصير حرا ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه ، وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مفرما والقول قول السيد مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فان قيل فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به وإذا أقر بمقتضو لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه

يسقط عنه بعض ماله كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط ما أوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن . وقولهم ان الربا يجري بينهما فنمنعه على ما ذكر ابن ابي موسى وان سلمناه فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وعندنا بخلاف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين وربا الجاهلية يفضي الى نفاد مال المدين وتحمله من الدين ما يعجز عن وقته فيحبس من أجله ويؤسر به وهذا يفضي الى تعجيل عتق المكاتب وبخلافه من الرق والتخفيف ٤٤ فافترقا

(فصل) فان اتفقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكاتبه على ألف في نجمين الى سنة يؤدي في نصفها خمسمائة وفي آخرها الباقي فيجعلانها الى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل ان يحمل عليه نجم فيقول أخرني به الى كذا وأزيدك كذا فيحتمل انه لا يجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره واذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابله ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما ان الاجل لا يتأخر كذلك لا يتعجل ولا يصير الدين المؤجل حلاً فلم جاز في المسئلة الاولى قلنا انما جاز في المسئلة الاولى بالتعجيل فعلاً فانه اذا دفع اليه الدين

فان قيل لو كان عليه دين لاثنتين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا قلنا ان كان الدين ثابتاً بسبب واحد فما قبض أحدهما منه يرجع به الآخر عليه كسئلتنا وعلى ان هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته حسب السيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب فلا يدفع شيئاً منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتاً فيه . إذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لانه انما قبض حقه ، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل ، وان عجز العبد بآداء ما يرجع به عليه فله تعجيله واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ويرجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالماً باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لانه يزعم أنه ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي ان قبض شيئاً استحق نصفه بغير اذني فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق متمنعة على كلا القولين والسراية انما تكون فيما اذا أعتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً وجميعهم متفقون على خلاف ذلك وهذا منصوص الشافعي

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة الى أحدهما ليدفع الى شريكه حقه ويأخذ الباقي فأنكر

المؤجل قبل محله جاز و جاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ اكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة انك متى أدت الي كذا فأنت حر فاذا أدى اليه ذلك فينبغي ان يعتق فان قيل فاذا غير الاجل والعوض فكأنهما فسحا الكتابة الاولى وجعلها كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا تغيير العوض والاجل على وجه لا يصح فيبطل التغيير ويبقى العقد بحاله ويحتمل أن يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فلي هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فان له الرجوع وكذلك في المسئلة الاولى لو قال أعجل لك مال الكتابة وتسقط عني منه كذا؟ فقال نعم ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع لماذا كذا من أن الدين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم وانما له أن يؤديه قبل محله ولما له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) فان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل أن يصالحه عن النقود بخنطة أو شعير جاز الا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين، وان صالحه عن الدراهم بدنانير او عن الخنطة بشعير لم يجز التصرف قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له اقبض في المجلس، وقال القاضي يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقاً لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم يجز المصالحة عليه بغيره ولانه دين غير مستقر فهو كدين السلم و قول ابن أبي موسى لا يجري

المدعى عليه حلف وبرىء فان قال انما دفعت الي حقي والى شريكى حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو اقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا انكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً وإنما تأجل البينة إذا شهدت بصدق المدعي (الثاني) أنه يدفع عن نفسه مفرماً فان عجز العبد فأغير القابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برفقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ويحتمل أن لا يقوم أيضاً لان القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق فلا يعتق حتي يسلم إلي مثل ما سلم اليه وإذا كان أحدهما يدعي جميعه والآخر يدعي جزأه فلي اتفقا على حرية البعض دون البعض

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت الى شريكى نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه ان يحلفه فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لانه اعترف بقبض المائة كلها

الربا بين المكاتب وسيدته فعلى قوله تجوز المصالحمة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيدته والاولى ما ذكرنا ويفارق دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة ففارقته لدين السلم أعظم والله أعلم

(مسئلة ١٠) قال (وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد كله حراً ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته)
قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير إذن شريكه ويبقى سائر غير مكاتب فإذا فعل هذا فاعتق الذي لم يكتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق إلى باقيه فصار كله حراً ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ويكون الرجوع بقيمته مكاتباً يبقى على ما بقي من كتابته لأن الرجوع عليه بقيمة ما أئلف وإنما أئلف مكاتباً وإن كان المعتق معسراً لم يسر العتق على ماضى في باب العتق ، وقول ابوبكر والقاضي لا يسري العتق في الحال لكن ينظر فإن أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لمعجزه سري العتق وقوم عليه حينئذ لأن سرية العتق في الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذي انعقد سببه ونقله عن المكاتب إلى غير ذلك ابن أبي ليلى عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع في الكتابة فإن أداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه ولاؤه كله للمكاتب وإن عجز سري عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له وأما مذهب الشافعي فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان فإذا كاتبه باذن شريكه ثم أعتق الذي لم يكتبه فهل يسري في الحال أو يقف على المعجز ؟ فيه قولان

ولنا قول النبي ﷺ « من أعتق شركاً له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة

ويعتق المكاتب لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبرأته منه وإنما يزعم أن شريكه ظلمه فلا يرجع على غير ظالمه وإن رجع على العبد - فله أن يأخذ منه التحسين لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بهاسواء صدقه في دفعها إلى المذكر أو كذبه لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبر فمكاتب مفرطاً ويعتق العبد بأدائها فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فإن تعذر ذلك فله تعجزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في التحسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه في دفع التحسين إلى شريكه فلا يقوم لأنه يعترف أنه حر وإن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر وإن أمكن الرجوع على القابض بالتحسين ودفعها إلى المذكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجزه واسترقاق

عبد وهذا داخل في عمومه ولأنه عتق لجزء ، من العبد من موسر غير محجور عليه فسري إلى باقيه كما لو كان قنا ولأن مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً فإنه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه فوجب أن يثبت وقولهم أنه يفضي إلى إبطال الولاء قلنا إذا كان العتق يؤثر في إبطال الملك اثبات المستقر الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولأنه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولأهم إليه ذذا نقل ولأهم ثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولأهم لم يثبت بعد باعتاق من عاينه الولاء أولى ولأنه نقل الولاء ثم عن لم يغرم له عوضاً فلان ينقله بالعوض أولى ، فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الولاء ثم ثابت وههنا بعرض الشبوت (والثاني) أن النقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (والثالث) أنه انتقل ثم بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وان كان المعتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة فإن أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وان حجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا الا على الرواية التي نقول يسمى العبد فإنه يستسمى عند عجزه في قيمة باقيه ، ولا يستسمى في حال الكتابة لان الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغني به عن السعاية فيما يحتاج إلى التقويم فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية في القيمة والله أعلم

(فصل) ونقل عن احمد رضي الله عنه أنه سئل عن عبد بين شريكين فكتاباه على الف درهم فأدى اليهما تسعمائة لهذا أربعائة درهم وخمسين درهما ولهذا أربعائة درهم وخمسين درهما ثم إن أحدهما أعتق نصيبه قال ان كان للمعتق مال أدى إلى شريكه نصف قيمة العبد لا يحاسبه بها أحد لانه عبد ماتي عليه درهم ولأنه قد يجوز أن يعجزه فيعود إلى الرق أو يموت فيكون عنده مال فهو

نصفه ؟ على وجهين بناء على القول في تعجز العبد نفسه مع القدرة على الاداء ان قلنا له ذلك فلمنكر استرقاقه ، وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لانه قادر على الاداء فان قيل فلم لا يرجع المنكر على اقباض بنصف ما قبضه اذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع بها لكان قابضاً لجميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك الا ان يتذرع قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان اختلف في الكتابة فالقول قول من ينسبها) لان الاصل معه

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في عوضها فالقول قول السيد في احدى الروايتين)

اذا اختلفا في عوض الكتابة فقال السيد كاتبك على الفين وقال المكاتب على الف فعنه ثلاث روايات (أحدها) القول قول السيد ذكره الخرفي قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد

بينهما ونقل عنه حنبل أنه يعتق إلا نصف المائة على هذا ويكون الولاء على قدر ما أعتق فالرواية الأولى توافق قول الخرق فانه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغي أن تجب نصف قيمته على الصفة التي عتق عليها وهو كونه مكاناً قد أدى كتابته المائة منها وهي عشرها ، وأما رواية حنبل فيحتمل أن تكون على ما قال أبو بكر والقاضي في أنه لا يسري العتق إلى الجزء المكاتب لغيره وقد نصرنا الرواية الأولى بما ذكرناه والله اعلم

(مسئلة ٤٠٠) قل (واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيده)

وجملته ان المكاتب اذا عجز وفي يده مال ورد في الرق فهو لسيده سواء كان من كسبه او من صدقة تطوع او وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (إحداها) هو لسيده وهو قول أبي حنيفة ، وقال عطاء بجعله في السبيل أحب إلي وان أمسكه فلا بأس

(الرواية الثانية) يؤخذ ما بقي في يده فيجمل في المكاتبين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي واثوري واختار أبو بكر والقاضي أنه يرد إلى أربابه وهو قول إسحاق لأنه إن ادفع إليه ليصرف في العتق فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالفارزي والغارم وابن السبيل

ولنا ان ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ما أخذه منه ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين وأما الفارزي فانه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه وأما الغارم فان غرم لا صلاح ذات البين فهو كالفارزي يأخذ لحاجتنا وان غرم لمصلحة نفسه فهو كسئلتنا لا يرده

(فصل) وأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لان المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويقارن ما

في رواية الكوسج وهو قول الثوري والاوزاعي وإسحاق وقال أبو بكر اتفق أحمد والشافعي على أنها يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنها اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تكن بينة كالتباينين وحكي عن أحمد رواية ثالثة ان القول قول المكاتب وهو قول أبي حنيفة لأنه منكر للآلاف الزائد والقول قول المنكر لأنه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام «ولكن البين إلى المدعى عليه» ووجه الأولى أنه اختلف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها ويقارن البيع من وجهين (أحدهما) ان الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه (الثاني) ان التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فان الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك ان الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل عند من جمل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته

في يد المكاتب لان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وماتلف في يد المكاتب لم يرجع عليه به سواء عجز أو أدى لان ماله تلف في يده فاشبه ما لو تلف ما في يد سائر أصناف الصدقة وان اشترى به عرضاً وعجز والعوض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه لان العرض عوضه وقائم مقامه فاشبه ما لو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرسا وسلاحاً ثم فضل ذلك عن حاجته

(فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كمعجزه فيما ذكرنا لان سيده يأخذ ما في يده قبل حصول مقصود الكتابة وان أدى وبقي في يده شيء فخكه في رده أو اخذه لنفسه حكم سيده في ذلك عند عجزه لان ما لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، وان كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة بقدر ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه ما يحتاج اليه في أدائها .

(مسئلة) قال (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الاول

وبطل شراء الآخر)

لاخلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا فاذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه لان التصرف صدر من اهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد او لسيدين فاذا عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لانه سيده ومالكة وليس للملوك أن يملك مالكة لانه يفضي الى تناقض الاحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك وبلي

وانما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه والاصل ههنا مع السيد لان الاصل ملكه للعبد وكسبه . اذا ثبت هذا فتى حلف السيد ثبتت الكتابة بالفين كما لو اتفقا عليها وسواء كانا مختلفين قبل العتق أو بعده مثل ان يدفع اليه الفين فيعتق ثم يدعي المكاتب ان احدهما عن الكتابة والاخر وديعة ويقول السيد بل هي جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة الا ان يرضى بقول صاحبه وان كان التحالف بعد العتق في مثل الصورة التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لانها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا اعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى اليه فان كانا من جنس واحد تقاضا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله

(مسئلة) (وان اختلفا في وفاء مالها فقال المبداءيت وعتقت وأذكر السيد فالقول قول السيد مع بعينه)

لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول

قول السيد مع بعينه لذلك

عليك مال الكتابة تؤديه الي فان عجزت فلي فسخ كتابتك وردك الي أن تكون رقيقاً لي وهذا تناقض واذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها في النكاح فهنا أولى ولأنه لو صح هذا لتقاص الدينان إذا تساويا وعتقا جميعا فإذا ثبت هذا فشراء الاول صحيح والمبيع ههنا باق على كتابته فان أدى عتق وولاؤه موقوف فان أدى سيده كتابته كان له لانه عتق بادائه اليه فان عجز فولأؤه لسيده لان العبد لا يثبت له ولا ولان السيد يأخذ ماله فذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر ان الولاء لسيده لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده وكذلك فيما إذا اعتق بأذن سيده أو كاتب عبده فادى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينهما لكون العتق ثم بأذن السيد فيحصل الانعام منه بأذنه فيه وههنا لا يفتقر الى اذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء مالم يعجزه سيده والله أعلم

(فصل) وان لم يعلم السابق منها فقال أبو بكر يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد الى اليقين ، وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج الوليان فاشكل الاول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان وعلى قول أبي بكر لا حاجة الى الفسخ لان النكاح انما احتيج الى فسخه من اجل المرأة فانها منكوجة نكاحا صحيحاً لو احد منهما يقينا فلا يزول الا بفسخ وفي مسئلتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ .

(فصل) وإذا كاتب عبداً له صفقة واحدة بعوض واحد مثل ان يكاتب ثلاثة اعبد له بالفصح في قول اكثر اهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وابو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه ، وقال بعض أصحابه فيه قول آخر لا يصح لان العقد

(فصل) اذا كاتب عبدان واستوفى من احدهما ولم يدر أيها استوفى فقياس المذهب ان يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبده وأنسيه وان ادعى الآخر عليه أنه أدى فعله اليمين أنه ما أدى فان نكل عتق الآخر وان مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم أنه المؤدي فعليهم اليمين أنهم لا يعدون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبدان بينة أنه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة سيده او بعد موته وإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر فان كان بعدها فكذلك لان القرعة ليست عتقاً وإنما هي معينة لاعتق والبينة أقوى منها فيثبت بها خطأ القرعة فيتبين بقاء الرق في الذي ظننا حرية كما تبيننا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لا يصير مؤدياً بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق ويتخرج على قول أبي بكر وابن حامد ان يعتقا على ما تذكر في الطلاق ، وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدي منهما ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على المدعى عليه من

مع ثلاثة كعقود ثلاثة وعوض كل منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولما أن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فإن كل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لأنه حين المفاوضة وزوال سلمان السيد عنهم فإذا أداه عتق ، هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لأبي عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رؤوسهم فيتساوون فيه لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء

ولما أن هذا عوض فتقسط على العوض كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم بعيب أو اتلف أحدهم ورد الآخر ويخالف الإقرار فإنه ليس بعوض . إذا ثبت هذا فإليه أدى حصته عتق

وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ، وحكي ذلك عن أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقي واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقي ولا يحصل العتق إلا بآداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً ، وقال أبو حنيفة إن لم يقل لهم السيد إن أديتهم عتقتهم فإليه أدى حصته عتق وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء وإن قال لهم إن أديتهم عتقتهم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدي الكتابة كلها ويكون

السيد والورثة إلا أن السيد يحلف على البت ، وأما الورثة فإن ادعى أنه دفع إلى موروثهم حلفوا على نفي العلم وإن ادعى أنه دفع إليهم حلفوا على البت وعلى كل واحد من الورثة يمين لأن كل واحد منهم مدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة غير سيده فقال سيده قد أدى إلي وعتق فنجروا له ولده إلى فأنكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حياً صار حراً بهذا القول لأنه إقرار من سيده بعتقه وينجر ولأولاده وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لأن الأصل بقاء الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له

﴿مسئلة﴾ (وإن أقام العبد شاهداً أو حلف معه أو شاهدوا امرأتين ثبت الإداء وعتق وهذا قول الشافعي)

لأن النزاع بينها في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين والرجل والرأى أن فان قيل المقصد من هذه الشهادة العتق وهو لا يثبت بشاهد ويمين قلنا بل يثبت بشاهد

بعضهم حميلاً عن بعض وياخذ أيهم شاء بالذل وإيهم أداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بحصتهما ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فاعتبر كل واحد منهم بإداء حصته كما لو اشترى عبداً وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة فإن قوله ذلك لا يؤثر لأن استحقاق العتق بإداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالإداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لأن ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا. إذا ثبت هذا فإنه إن شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقيين فالشرط فاسد والعقد صحيح، وقال أبو الخطاب في الشرط رواية أخرى أنه صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناءً على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي رضي الله عنه العقد والشرط فاسدان لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط فإذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لأنه مقتضى العقد عندهما

ولنا أن مال الكتابة ليس بلازم ولا ماله إلى الزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفقة مجردة في العتق فقال إن أديت إلي ألفاً فأنت حر ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولأن الضامن تبرع وليس للمكاتب التبرع ولأنه لا يملك الضامن عن حر ولا عن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه، وأما العقد فصحیح لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة وسند كره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل وكذلك إن أعتق بعضهم وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً لم ينفذ عتقه لأنه يضر

ويعين في رواية، وإن سلمنا أن الشهادة لا تثبت لكن الشهادة ههنا بإداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة النساء ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله فإن قل لي شاهد غائب انظر ثلاثاً فإن جاء وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حرية وإن جرح شاهده فقال لي شاهد آخر انظر ثلاثاً لما ذكرناه

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لانه إقرار غير وارث فيقبل وإن قال استوفيت كتابتي كلها عتق العبد وإن قال استوفيتها كلها إن شاء الله أو إن شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لأن هذا الاستثناء لا

بالباقين وإن لم يكن مكتسباً نفذ عتقه لهدم الضرر فيه وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

(فصل) فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ماعليه بغير علم سيده لم يصح لأن هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده وإن كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وإن علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لأن قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الإذن فيه فجاز كما لو أذن فيه تصريحاً وإن كان الأداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا فإن كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وإن أداه مكتسباً بالرجوع عليه وكان الأداء باذن المؤدى عنه فهو فرض يلزمه أدائه كما لو اقترضه منه وإن كان بغير اذنه لم يرجع عليه لأنه تبرع عليه بأداء مالا يلزمه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وإن كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون وإذا عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي (فصل) ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة وذكر القاضي فيه روايتين (أحدهما) يصح ضمانه لأنه عوض في معاوضة فصح ضمانه كضمن المبيع

ولنا ما ذكرناه من قبل ولا يصح قياسه على الثمن لأنه لازم وهذا غير لازم

(فصل) وإذا أدوا ماعليهم أو بعضه ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته أدى كل واحد منا بقدر ماعليه فلا فضل لأحدنا على صاحبه وقال من قلت قيمته أدينا على السواء في الفضل عليك أو يكون وديعة لي عند سيدنا فالقول قول الأول لأن الظاهر أن من عليه دين لا يؤدي أكثر منه فرجحت دعواه بذلك فإن كان المؤدى أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة فالقول قول من يدعي التساوي

مدخل له في الإقرار قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قال له الف إن شاء الله كان مقراً بها ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعلق بالشرط إنما هو المستقبل ، وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لأنه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط وإنما يدل الشرط على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الإقرار وإن قل استوفيت آخر كتابتي وقل إنما أردت أنني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لأنه أعرف بمراحده والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (والكتابة الفاسدة مثل أن يكتبه على خمر أو خنزير تغلب فيها حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق ولا يعتق بالبراء)

إذا كتبه كتابة فاسدة على عوض مجهول أو حال أو محرم كالخنزير فقد روي عن أحمد رحمه الله ما يدل على أن الكتابة على العرض المحرم باطلة لا يعتق بالأداء فيها اختاره أبو بكر فإنه

لأنهم اشتركوا في أدائه فكانت أيديهم عليهم فاستبرأوا فيه كما لو كان في أيديهم مال فاختلفوا فيه (فصل) وإن جنى بعضهم فجنيته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وقال مالك رضي الله عنه يؤدون كلهم أرشه فإن عجزوا رفقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » ولأنه لو اشترك رجلان وتماقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا لأن مالا يصح لايضمه منه عقد الكتابة ولا يجب على أحدها بفعل الآخر كالتقصاص وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بخصته فهو كالمفرد بعقده

«مسألة» قل (واذا شرط في كتابته أن يوالي من شاء، فالولاء لمن أعتق والشرط باطل)

أما الشرط فباطل لأنعلم في بطلانه خلافاً وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضايا، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال «اشترها واعتقها فانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وفي الحديث الآخر أن النبي ﷺ قال «اشترها واشترط لي لم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال «أما بعد فإياي ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لمحة كالحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير النكاح ولا حكم البيع لغير الماعل وسواء شرط أن يوالي من شاء أو شرطه لبائعه أو

روي عن أحمد أنه قل : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالإداء إلا في المحرمة واختار القاضي أنه يعتق بالإداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الإداء شرطاً للعتق فقال إذا أدت لي فأنت حر فأدى فإنه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة وثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا حكم الكتابة فأما أن شرط في في الكتابة شرطاً فاسداً فلمنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتصح الكتابة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه فاما الكتابة الفاسدة التي لا تكون عوضاً محرماً فإنها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام

(أحدها) أنه يعتق ما كوتب عليه سواء صرح بالصفة بأن يقول إذا أدت الي فأنت حر أو لم يقل لأن معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالصحيحة (الثاني) إذا اعتقه بالإداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره أبو بكر وهو

لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه إجماع رضي الله عنه وقال الشافعي رضي الله عنه يفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولاً ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع ولنا حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف وهذا الشرط زائد فإذا حذفه بقي العقد صحيحاً بحاله فإن قيل المراد بقول النبي ﷺ « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لان النبي صلى الله عليه وسلم لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقول الله تعالى (وإن أسأتم فلها) أي فعلها قلنا هذا لا يصح لوجوه ثلاثة (أحدها) أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال (والثاني) أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه ؟ (والثالث) أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لانه مقضى العتق وحكمه (والرابع) أن في بعض الالفاظ « لا يمنعك هذا الشرط منها ابتاعي واعتقي » وإنما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفاً لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق (فصل) وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم في موارثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإسحاق وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئاً من ميراثه ولا يصح لانه يخالف كتاب الله عز وجل وكل

ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي يترجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر اقلهما إن كانا من جنس واحد وبأخذ ذوالفضل فضله لانه عقد معاوضة فاسد فوجب الرجوع فيه كالبيع الفاسد ولنا أنه قد كتابة حصل العتق فيه بالاداء فلم يجب الرجوع كما لو كان العقد صحيحاً ولأن ما يأخذه السيد فهو من كسب عبده الذي يملك كسبه فلم يجب رده والعبد عتق بالصفة فلم يجب عليه قيمته كما لو قال إن دخلت الدار فانت حر وأما البيع الفاسد فإنه إن كان بين هذا وسيده فلا رجوع على السيد بما أخذه وإن كان بينه وبين غيره فإنه أخذ مالا يستحقه ودفع إلى الآخر مالا يستحقه بمقد المقصود منه المعاوضة بخلاف هذا في مسئلتنا (الثالث) أن المكاتب يملك التصرف في كسبه لأن عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لانه مكاتب يعتق بالاداء أشبه الكتابة الصحيحة

(الرابع) أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فادى أحدهم حصتهم عتق على قول من قال إنه يعتق

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل بقول النبي ﷺ قال سعيد حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلاً كاتب مالوكه واشترط بيراثة فلما مات المكاتب تخاصم ورثته إلى شرح فقضى شريح بيراثة المكاتب لورثته فقال الرجل ما يعني عني شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تنفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة ، وقال مالك والزهرى لا يصح لأنه ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط ميراثه .

ولما أنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم : إنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه مالو شرطها قبل العتق ولأنه شرط نفماً معلوماً أشبه مالو شرط عوضاً معلوماً ولأنه ينافي مقتضى العقد فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه

(فصل) وإذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

(مسألة) قل (وإما سر العدو المكاتب فاستره رجل فآخذه إلى سيده صاحب أخذ أخذ به ، اشتراه ، فهر على كتابه وإن لم يحب أخذ به فهو على مالك ، مشتريه متى على ما بقي من كتابه يعتق الأداء ، رولاؤه إن يؤدي إليه)

بالكتابة الصحيحة بأداء حصته لأن معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منكم قدر حصته فهو حر ومن قل لا يعتق في الصحيحة إلا أن يؤدي جميعهم فهنا أولى (فصل) وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) أن السيد إذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولم يعتق بذلك لأن المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وصار هذا كالصفة المجردة في قوله إذا أدت إلى الفأفأنت حر (الثاني) أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخا سواء كان ثم صفة أو لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي لأن الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لأن المعاوضة هي المتصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الأصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بان يسلم له العوض المسمى فإذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الصحيحة فإن العوض سلم له فكان العقد لازماً له

وجماته أن الكفار إذا أسروا مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فإن أخذ في الغنائم فلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء، وكان على كتابته كمن لم يؤسر وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن سيده أحق به باليمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقي من كتابته وإن تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته فيعتق بالاداء في الموضعين ولاؤه لمن يؤدي إليه كما لو اشتراه من سيده

وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما لا يثبت عليه ملك الكفار ويرد إلى سيده بكل حال ووافق أبو حنيفة الشافعي في المكاتب والدبر خاصة لأنهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيها فأثبتها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوما لا يد تحق صاحبه أخذه بغير شيء، وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي أن المكاتب والدبر يجوز بيعهما بما يعني عن اعادته ههنا

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها مع الكفار؟ على وجهين (أحدهما) لا يحتسب عليه بها لأن الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فإذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه كما لو حبسه سيده فعلى هذا ينبغي على ماضى من المدة قبل الأسر وتبقى مدة الأسر كأنها لم توجد (والثاني) يحتسب عليه بها لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كما لو مرض ولأنه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء وفارق ما إذا حبسه سيده بما سنذكره إن شاء الله تعالى فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت

(الثالث) أنه لا يلزم السيد أن يؤدي إليه شيئاً من الكتابة لأن العتق ههنا بالصفة المجردة فاشبهه مالو قال إذا أدت إلى الفأ فانت حر

﴿مسئلة﴾ (وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه)

اختلف في انفساخها بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه إلى بطلانها به وهو قول الشافعي لأنه عقد جائز من الطرفين لا يؤول إلى الزوم فبطل بالموت كالكولة ولأن الغالب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت كذلك هذه الكتابة وقول أبو بكر لا تبطل بالموت ويعتق بالاداء إلى الوارث وهو قول أبي حنيفة لأنه مكاتب يعتق بالاداء إلى السيد فيعتق بالاداء إلى الوارث كالكتابة الصحيحة في باب العتق بالاداء فكذلك في هذا واختلف في انفساخها بجنون السيد والحجر عليه والخلاف فيه للخلاف في بطلانها بموته قل شيخنا والاولى أنها لا تبطل ههنا إلا بالصفة المجردة لا بذلك والغالب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده

مطالبته وإن حل ما يجوز تعجيله بترك ادائه فليسيدة تعجيله ورده إلى الرق وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال في وقته فأشبهه ما لو كان حاضراً يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره وادأؤه في مدة قريبة لكان لسيدة الفسخ فالمال ههنا إما معدوم وإما غائب يتعذر ادأؤه وفي كلتا الحالتين يجوز الفسخ

(الثاني) ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث أهله مال أم لا؟ وليس كذلك إذا كان حاضراً فإنه يطالبه فإن أدى وإلا فقد عجز نفسه فإن فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خالص المكاتب فادعى أن له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ وبجتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه ادأؤه لأنه إذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه (فصل) وإن حبسه سيده مدة فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدة في أحد الوجوه

(والثاني) يحتسب عليه بمدة لأن مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فلهي هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لأن على سيده تمكينه من التصرف بمدة كتابته فإذا حبسه مدة وجب عليه تأخير مثله تلك المدة ليستوفي الواجب له ولأن حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده إلى الرق ولأن عجزه عن اداء نجومه في حملها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من اداء الثمن لم يستحق فسخ البيع ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم يستحق فسخ العقد كذا ههنا. (الوجه الثالث) أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به من تخايطه مثل تلك المدة أو أجر مثله لأنه قد وجد سببها فكان للمكاتب أنفعها

(فصل) وإذا أوصى بأن يكاتب عبده صحت الوصية لأن الكتابة تتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمي فإذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه لأنه تبرع من جهته فإنه يبيع ماله بماله فإن خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ذكره القاضي لأنه نماء ماله وفائدته ولأن الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة ثم ينظر فإن عين مال الكتابة كاتبوه عليه سواء كان أقل من قيمته أو مثله أو أكثر فإن لم يعينه كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به والعرف أن يكاتب العبد

بعد ذلك عتق ولا يعتق عند من أبطلها

(فصل) ويملك السيد أخذ ما في يده وإن فضل من الاداء فضل فهو لسيدة هذا قول أبي الخطاب لأن كسب العبد لسيدة بحكم الاصل والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ولأن المذهب فيها حكم الصفة المجردة وهي

بأكثر من قيمته لكون دينها مؤجلاً ويجب رد ربه اليه ويعتبر في ذلك رضى العبد لأن الكتابة لا تلزمه ولا يجوز إجباره عليها بخلاف ما لو وصى بعقته فإنه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه فإن رد الوصية بطالت فإن عاد فطالها لم تلزمه إجابته اليها لأن وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال وإن لم يكن ردها وجبت إجابته اليها ، وإذا أدى عتق وكان ولاؤه للموصى بكتابه كما لو وصى بعقته فإن عجز فللوارث رده في الرق وإن لم يخرج من ائلك فإنه يكتب منه ما خرج من ائلك وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لا يخرج من ائلك فخاصوا في ائلك وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التي تقدم العتق لأن الكتابة مقصودها العتق وتفضي اليه ويحتمل أن لا تقدم بحال لأن العتق تغليب وسراية ليس هو لا كتابة وإفضاؤها الى العتق لا يوجب تقديمها كما لو وصى لرجل بانه فإنه لا يقدم مع ان التصد بوصيته العتق ويفضي اليه

(فصل) فإن قال كاتبوا أحد رقيقتي فللورثة مكاتبه من شاءوا منهم في أحد الوجهين وفي الآخر يكتبون واحداً منهم بالقرعة وإن قال أحد عبيدي فكذلك إلا انه ليس لهم مكاتبه أمة ولا خنثى مشكل لأنه لا يعلم كون الخنثى عبداً أو أمة ، وإن قال أحد امائي فليس لهم مكاتبه عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلاً فلهم مكاتبته إذا قال كاتبوا أحد عبيدي وإن كان أنثى فلهم مكاتبته إذا قال كاتبوا أحد امائي لأن هذا عيب فيه والعيب لا يمنع الكتابة والله أعلم

(فصل) والكتابة الفاسدة أن يكتبه على عوض مجهول أو عوض حال أو محرم كالخنزير فاما إن شرط في الكتابة شرطاً فاسداً فالمنصوص انه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتبقى الكتابة صحيحة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهذا مذهب الشافعي

وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله ما يدل على ان الكتابة على المحرم باطلة لا يعتق بالاداء فيها وهو اختيار أبي بكر فإنه قد روى عن أحمد رضي الله عنه انه قال : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء إلا في المحرمة

واختار القاضي انه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الاداء شرطاً للعتق فقال إذا أدبت إلي فأنت حر فأدى اليه فإنه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا بحكم الكتابة وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فإنها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام (أحدها) انه يعتق بإداء ما كوتب عليه سواء

لا تثبت له في كسبه فكذا همنا وفارق الكتابة الصحيحة فإنها أثبتت الكتابة في العوض فثبتته في العوض وقال القاضي ما في يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له وهو مذهب

صرح بالصفة فقال ان أدبت إلي فانت حر او لم يقل لان معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالصرح به فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة

(الثاني) انه اذا عتق بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره ابو بكر وهو ظاهر كلام احمد رضي الله عنه، وقل الشافعي رضي الله عنه : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر قلمهما إن كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله لانه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كإبيع الفاسد

ولنا انه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالاداء فلم يجب التراجع فيها كما لو كان العقد صحيحاً ولان ما أخذه السيد فهو من كسب عبده الذي لم يملك كسبه فلم يجب عليه رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر

وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه ، وإن كان بينه وبين غيره فنه أخذ ما لا يستحقه ودفع الى الآخر ما لا يستحقه بعقد المتصود منه المعاوضة وفي مسئلتنا بخلافه (الثالث) أن المكاتب يملك التصرف في كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لانه مكاتب يعتق بالاداء فملك ذلك كافي الكتابة الصحيحة (الرابع) انه اذا كاتب جماعة كتابة فسد فادى أحدهم حصته عتق على قول من قال انه يعتق في الكتابة الصحيحة باداء حصته لان معنى العقد ان كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر ، ومن قال لا يعتق في الصحيحة إلا ان يؤدي الجميع فهمنا أولى وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) ان لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها ورفعها سواء كان ثم صفة او لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي رضي الله عنه لان الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لان المعاوضة هي المتصودة فلما أبطل المعاوضة اتي هي الاصل بعانت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولان السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بان يسلم له العوض المسمى فإذا لم يسلم كان له ابطالها بخلاف الكتابة الصحيحة فان العوض سلم له فكان العقد لازماً له

(الثاني) ان السيد اذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك لان المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وجرى هذا مجرى الصفة المجردة في قوله اذا أدبت إلي ألفاً فانت حر

الشافعي لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فيثبت هذا الحكم فيها كالصحيحة والاول اصح لما بين الفاسدة والصحيحة من الفروق

﴿ مسألة ﴾ (وهل يتبع الكتابة ولدها فيها؟ على وجهين)

(اثالث) انه لا يلزم السيد أن يؤدي اليه شيئاً من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة فأشبهه ما لو قال اذا أدبت إلي المغفأنت حر واختلف في أحكام أربعة (أحدها) في بطلان الكتابة بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه عقد جائز من الطرفين لا يؤول الى الزوم فيبطل بالموت كالوكالة ولان الغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت فكذلك هذه الكتابة وقال ابو بكر لا تبطل بالموت ويعتق بالاداء الى الوارث وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء الى الوارث كما في الكتابة الصحيحة ولان الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالاداء وفي ان اولد يتبعه فكذلك في هذا

(والثاني) في بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لسفه والخلاف فيه كالحلاف في بطلانها بموته والاولى انها لا تبطل ههنا لان الصفة المجردة لا تبطل بذلك والغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعل هذا لو أدى الى سيده بعد ذلك عتق وعلى قول من ابطلها لا يعتق

(اثالث) ن ما في يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة وقال ابو الخطاب ذلك لسيدته في الوضعين لان كسب "مبد لسيدته بحكم الاصل والمقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ولان الغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي لا تثبت الملك له في كسبه فكذا ههنا وفاقت الكتابة الصحيحة فانها تثبت الملك في المعوض فأثبتته في المعوض (الرابع) هل يتبع المكاتب ولدها؟ قال ابو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) يتبعها لانها كتابة يعتق فيها بالاداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة (والثاني) لا يتبعها وهو أقيس وأصح لما ذكرنا في الذي قبله ، ولان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص او معنى نص ، وما وجد واحد منهما ولا يصح اقياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل والله أعلم

(أحدها) يتبعها لانها كتابة تعتق فيها بالاداء فيعتق ولدها به كالكتابة الصحيحة (والثاني) لا يتبعها وهو أقيس وأصح لان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل ﴿ مسألة ﴾ (وقال أبو بكر لا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه للسفه) وقد ذكرناه



كتاب عتق أمهات الاولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التيسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد للنبي ﷺ وهي أم ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قل فيها « اعتقها ولدها وكانت هاجر أم اسماعيل عليه السلام سرية ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن بربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين واثقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد . وروي ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الاولاد فرغب الناس فيهن ، وروي عن سالم بن عبد الله قال كان لابن ربيعة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت : أفعلها؟ قال : ما فعلت قالت فقرأ اذا فقال

شهدت بأن وعد الله حق وان النار مشوى الكافرينا
وان العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا
وتحملة ملائكة شداد ملائكة الآله مسومينا

(باب أحكام أمهات الاولاد)

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التيسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد للنبي ﷺ وهي أم ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قال فيها النبي ﷺ « اعتقها ولدها » وكانت هاجر سرية ابراهيم عليه الصلاة والسلام أم اسماعيل عليه السلام وكان لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن بربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين واثقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد وروي ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة فرغب الناس فيهن وروي عن سالم بن عبد الله قال كان لابن ربيعة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت أفعلها؟ قل ما فعلت قالت فاقرا اذا فقال

شهدت بأن وعد الله حق وان النار مشوى الظالمينا
وان العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا
ويحملة ملائكة شداد ملائكة الآله مسومينا

قالت أما إذا قرأت فاذهب فأبى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكرره عليه فيضحك .

(فصل) فإذا وطىء الرجل أمته بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه وصارت له بذلك أم ولد، وإن أنت بولد تام لاقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بدليل ما روى الحسن أن امرأة ولدت ستة أشهر فأبى بها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهم برجمها فقال له علي رضي الله عنه ليس لك ذلك إن الله يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فقد يكون في البطن ستة أشهر والرضاع أربعة وعشرون شهراً فذلك تمام ما قال الله تعالى (ثلاثون شهراً) فخلا عنها عمر ، وروى عن ابن عباس أنه قل ذلك لعثمان ومن اعترف بوطء أمته فأنت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفية لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : حصنوا هذه الولائد فلا يطاء رجل وليده ثم ينكر ولدها إلا ألزمتها إياه رواه سعيد وعن ابن عمر قال : قال عمر أيما رجل غشي أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده رواه سعيد أيضاً ولأن أمته صارت فراشاً بالوطء فلحقه ولدها كالأمة ولقوله ﷺ « الولد للفراش » فإن نفاه سيدها لم ينتف عنه إلا أن يدعي أنه استبرأها وأنت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفي عنه بذلك وهل يحلف على ذلك؟ على وجهين وقد روي عن الحسن قال إذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك وعن الشعبي أنه كان يقول ينتفي من ولده إذا كان من أمته متى شاء

قالت أما إذا قرأت فاذهب فأبى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكرره عليه فيضحك

﴿ مسألة ﴾ (إذا حملت الأمة من سيدها فوضعت ما يتبين فيه خلق الإنسان صارت له بذلك أم ولد فإذا ماتت عمت وان لم يملك غيرها)

ذكر ههنا المصير للأمة أم ولد شرطين (أحدهما) أن تحملاً به في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرّم كالوطء في الحيض والنفاس والأحرام والظهار فإما أن علقت منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علنت منه بمملوك مثل أن يطاءها في ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقت بغير مثل أن يطاءها بشبهة أو غير من أمة فتزوجها على أنها حرة فاستولدها أو اشترى جارية فاستولدها ثم ظهرت مستحقة فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد في هذه المواضع بحال فإن ملكها بعد ذلك ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى (الشرط الثاني) أن تضم ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان من رأس أو يد أو رجل أو تحطيط سواء وضعته حياً أو ميتاً وسواء أسقطته أو كان تاماً قال عمر رضي الله عنه إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عمت وإن كان سقطاً وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال اعتقها ولدها وإن كان سقطاً وقال الأثرم قلت لأبي عبد الله أم الولد إذا أسقطت لا تعتق قتل إذا تبين فيه يد أو

(الجزء الثاني عشر) (٦٢) (المغني والشرح الكبير)

ولنا قول عمرو انه ولد على فراشه فلم يكن له نفيه كولد من زوجته فان أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لانعلم فيه خلافاً، قال ابراهيم اذا أقر بولده فليس له أن ينتفي منه فان انتفى منه ضرب الحد والحق به الولد . وقال شريح الرجل أقر بولده لا سبيل لك أن تنتفي منه وكذلك ان هنيء به فسكت او أمن على الدعاء لانه دليل على الرضا به فقام مقام الاقرار به ، وان كان يظاً جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك لما روى ابو سعيد أنه قال يا رسول الله إنا نصيب النساء ونحب الايمان أنفعزل عنهن ؟ فقال « ان الله اذا قضى خلق نسمة خلقها » وعن جابر قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله ﷺ فقال « ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمّل فقال « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتينا ما قدر لها » قل فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد حملت فقال « قد أخبرتك انه سيأتينا ما قدر لها » رواه أبو داود . وعن أبي سعيد انه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه ، وعن ابن عمر ان عمر قال ما بال رجال يطئون ولا تدهم ثم يعزلونهن لا تأتي وليدة يعترف سيدها انه أناها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ولانها بالوطء صارت فراشا وقد قال النبي ﷺ « الولد للفراش » ولما تنازع عبد بن زمعة وسعد في ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه ولانه قد يسبق من الماء مالا يحس به فيخلق منه الولد . وقد روي عن ابن عمر وزيد بن ثابت ما يدل على ان الولد

رجل او شيء او خلقة فقد عتقت هذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا نكس في الخلق الرابع فكان مخلقاً انقضت به عد الحرة وعتقت به الامة قال شيخنا ولا اعلم في هذا خلافاً بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد، فاما ان ألقت نطفة او علقه لم يثبت به شيء من احكام الولادة لانه ليس بولد وروى يوسف بن موسى ان ابا عبد الله قيل له ما تقول في الامة اذا ألقت مضغة او علقه؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي وذكر الخرق لمصيرها أم ولد شرطاً ثالثاً وهو ان تحمل بحر ويتصور ذلك في الملك في موضعين (أحدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا إنه يملك فوطئ أمته فاستولدها فولده مملوك ولا تصير الامة به أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك وسواء اذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن (الثاني) إذا استولد المكاتب أمته فان ولده مملوك له ولا يثبت للامة أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بحر وكذلك ولده منها فاولى ان لا تتحرر وهي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة فن كالعبد القن وهل يملك المكاتب بيعها ؟ فيه اختلاف ذكرناه في باب المكاتب

لا يلحق به مع العزل فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن فتى من أهل المدينة أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بحمل فشق عليه وقال اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم فإن آل عمر ليس بهم خفاء فولدت ولدًا أسود فقال ممن هو؟ فقالت من راعي الأبل فحمد الله وأثنى عليه، وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها الحد وقال إنما كنت استطبت نفسك ولا أريدك ، وفي رواية قال ممن حملت؟ قالت منك . فقال كذبت وما وصل اليك مني ما يكون منه الحمل وما أطوك إلا أني استطبت نفسك . وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك . ولنا ما ذكرناه وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها

(فصل) وإن اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج فقد روي عن أحمد رضي الله عنه أنه يلحقه ولدها وتصير فراشاً بهذا وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه ولأنه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج ، والصحيح في هذا أن شاء الله تعالى أنها لا تصير بهذا فراشاً لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ولا يثبت الحكم إلا بدليل ولا ينتقل عن الأصل إلا بناقل عنه . إذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته إذا حملت به في ملكه فلولد حر الأصل لا ولاء عليه وتصير به الأمة أم ولد

﴿ مسألة ﴾ (وتعتق بموت سيدها من رأس المال وإن لم يملك سواها)

وهذا قول كل من رأى عتقهم لا نعلم بينهم خلافاً في ذلك وسواء ولدت في الصحة أو المرض لأنه حاصل بالإنذاره وشهوته وما يتلفه في لذاته يستوي فيه حل الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولأن عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الدين والتدبير والوصية قال سعيد ثنا عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلان فقالا أنا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الأولاد يعنيان ابن الزبير فقال ابن عمر اتعرفن أبا حفص؟ فنه قضى في أمهات الأولاد أن لا يبيعن ولا يوهبن يستعتبها صاحبها فإذا مات فهي حرة وقال ثنا عتاب عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عمر ما من رجل كان يقر به كان يقرأ جاريته بموت إلا اعتقها وإن كان سقطاً وروى ابن ماجه عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « إمامة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه »

(فصل) وإذا عتقت بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها لأن أم الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما في يدها له فإذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها إلى ورثته كسائر

﴿مسئلة﴾ قال (وأحكام أمهات الاولاد أحكام الاماء في جميع أمورهن الا انهن لا يبعن)

وجملة ذلك ان الأمة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك انه لا يملك اجارتها وتزويجها لانه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحره

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالمدره ولانها مملوكة تعتق بموت سيدها فأشبهت المدره وانما منع بيعها لانها استتحت أن تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدره عند من منع بيعها. اذا ثبت هذا فانها تخالف الأمة القن في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقت ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لانها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن واليه ذهب داود قال سعيد حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قل بعها كما تبيع شاتك أو بعيرك. قال وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خطب علي الناس فقال شاوري عمر في أمهات الاولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن قضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت

ماله وكما في يد المدره بخلاف المكاتبه فان كسبها في حياة سيدها لها فاذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أهل الفتاوى من أهل الامصار لان ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر كالتدبير والكتابة ولان عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فاذا استويا في حكمه وقد روى سعيد ثنا هشيم ثنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني عن عمر بن الخطاب قال في أم الولد: ان اسلمت وأحصنت وعفت اعتقت وان كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال هشيم حدثنا يحيى بن آدم عن أم ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز فكتب عمران يبعوها ليسبها أحد من أهل دينها فعلى هذا الحديث ينبغي ان يختص العتق بالمسلمة العفيفة وترق الكافرة الفاجرة والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وان وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين)

أما اذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق آدمي فشهد ثقات من اتقوا بل ان فيها صورة خفية تعانت بها الاحكام لانهم اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن وان لم يشهدن

رأيت أن أرقهن . قال عبدة فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب اليها من رأي علي وحده ، وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لأبي أي شيء تذهب في بيع أمهات الاولاد ؟ قال أكرهه وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال في رواية إسحاق بن منصور لا يبعن بيعهن ، قال أبو الخطاب فظاهر هذا انه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد رضي الله عنه والصحيح ان هذا ليس رواية مخالفة لقوله انهن لا يبعن لان السافر رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ومتى كان التحريم والمنع مصرحاً به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافاً ولمن اجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قل بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فانتهينا رواه أبو داود وما كان جائزاً في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر لم يحز نسخه بقول عمر ولا غيره ولأن نسخ الاحكام انما يجوز في عصر رسول الله ﷺ لان النص انما ينسخ بنص مثله وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به فإن اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونها بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على انه لم يبلغه ولو باغه لم يعد الى غيره ولا انها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابيه في نكاح او غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت مرجوبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه وروي عن ابن عباس رواية اخرى انها

بذلك لكن علم أنه مبتدأ خالق آدمي بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان (إحداها) لا تصير به الامه أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له غرة ولا كفارة وهذا ظاهر كلام الخرقي والشافعي وظاهر ما نقله الاثرم عن أحمد وظاهر قول الحسن والشعبي وسائر من اشترط ان يتبين فيه شيء من خلق الآدمي

(والثانية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه اذا تبين وخرج أبو عبد الله ابن حامد رواية ثالثة وهي ان الامه تصير ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لانه روي عن أحمد اذا وضعت شيئاً فسته القوا بل فعلم أن الحام لم يتبين لحمه فيحتاط في العدة باخرى ويحتاط بعتق الامه فظاهر هذا أنه حكم بعتق الامه ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامه تحصيل للحرية فاحتيط بتحصيلها والعدة يتعلق بها تحريم التزويج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعية بالعمكس لا يجب العدة ولا تصير الامه ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاءها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرة فتغلب على ما يفضي اليها

﴿مسئلة﴾ (وان اصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملاً عتق الجنين ولم تصر

أم ولد له وعنه تصير)

تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه ، وقال سعيد حدثنا سفیان حدثنا الاعش عن زيد بن وهب قال مات رجل منا وترك ام ولد فأراد الوليد بن عقبة ان يبيعهما في دينه فأتيا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها في نصيب اولادها

وانما ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال « اعتتها ولدها » رواها ابن ماجه

وذكر الشريف ابو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع أمهات الاولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن ويستمتع بها سيدها ما بدا له فان مات فهي حرة وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ، ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كرم الله وجهه كان رأيي ورأي عمر ان لا تباع أمهات الاولاد ، وقوله فقتضى به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبدة رأيي علي كرم الله وجهه وعمر في الجماعة أحب اليانا من رأيه وحده

وروى عكرمة عن ابن عباس عن : قال عمر رضي الله عنه : ما من رجل كان يقر بانه يظأ جاريته ثم يموت إلا اعتتها ولدها اذا ولدت وإن كان سقيا ، من قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم؟ قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فقد روى عبدة قال بعث إلي علي كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض

وسواء ملكها أم لا فولدت في ملكها أم لا كما بعد ولادتها وبه قول الشافعي لانها علققت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاء كما لو زنى بها ثم اشتراها لان الاصل بقاء الرق وانما خولف هذا الاصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم فمما عدها يبقى على الاصل ونقل ابن أبي موسى عن أحمد أنها تصير ام ولد في الحالين وهو قول الحسن وأبي حنيفة لانها أم ولد وهو مالك لها فيثبت لها حكم الاستيلاء كما لو حملت في ملكه قال شيخنا ولم أجده في الرواية عن أحمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عنه في رواية مهنا فقال لا اقول فيها شيئاً وصرح في رواية سواد بجواز بيعها فقال لا أرى بأساً ان يبيعهما انما الحسن وحده قال إنها أم ولد وقال أكبر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون انها لا تصير أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، كان عبدة السلمي يقول يبيعهما وشريح وابراهيم والشعبي اما اذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد أنها تصير ام ولد وهو مذهب مالك لانها ولدت منه في ملكه فاشبهه مالو أحباها في ملكه وقد صرح أحمد في رواية اسحاق بن منصور أنها لا تكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا وروى عنه ابنه صالح قال سألت أبي عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قال لا تكون ام ولده قلت فان اشتراها وهي حامل منه قال اذا كان الوطء يزيد في الوالد وكان يظئها بعد ما اشتراها وهي حامل كانت ام ولده قال ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او بواسطة صارت له بذلك ام

الاختلاف وابن عباس قال ولد أم الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقة عن النبي ﷺ وعن عمر فیدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الأمة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأييه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره ؟ فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجماعاً حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الأمة الذين لا يجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام ؟ قلنا الاجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا

فاما قول جابر بعنا أمهات الاولاد في عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بانه كان يعلم رسول الله ﷺ ولا علم ابي بكر فيكون ذلك واقعاً من فعلهم على انفرادهم فلا يكون فيه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله ﷺ وابي بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بهما على مخالفتها ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتها وبجرمون ما أحلنا من هذا ؟ ولانه لو كان ذلك واقعاً بهما لاحتج به علي حين رأى بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذاً حجة، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الاولاد في النكاح لافي الملك

(فصل) ومن أجاز بيع أم الولد فعلى قوله ان لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث الا ولدها

ولد لان الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقل القاضي ان ملكها حاملاً فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولد وان وطئها حال حملها نظرنا فان كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة اشهر لم تصر بذلك أم ولد وان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد لان عمر قال ابعدا ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتوهن ؟ فقال بالخلة والمخالطة ههنا حاصلة لان الماء يزيد في الولد ولان الحرية البعض اثرا في تحرير الجميع بدليل ما لو اعتنى احد الشريكين نصيبه من العبد وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي أم ولد وكلام الخرقي يقتضي ان لا تكون أم ولد الا ان تحبل منه في ملكه وهو الذي رواه اسحاق بن منصور عن احمد وهو ظاهر المذهب لانهم لم تعاق منه بجر فلم يثبت له حكم الاستيلاء كما وزى بهائم اشتراها ولان حملها منه اذا لم يفد الحرية لولدها فلان لا يفيد الحرية اولى ويفارق هذا ما اذا حملت منه في ملكه فان الولد حر فتحرر بتحريره وما ذكره من ان الولد يزيد فيه الوطاء غير مستيقن فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل منه من زنا او غيره فوطئها لم تصر أم ولد وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاء انما ثبت بالاجماع

عتقت عليه وان كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلا شيء له وان كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة الا على قول من قال انه اذا ورث سهمها ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه وإن لم يكن لها ولد من سيدتها وزنها كسائر رقيقه

(مسئلة) قال (واذا اصاب الامة وعي في ملك غيره بنكاح خملت منه ثم ملكها حاملا عتق الجنين وكن له ببيعها)

وجماته انه اذا تزوج أمة غيره فأولدها او أحباها ثم ملكها بشراء او غيره لم تصر أم ولده بذلك سواء ملكها حاملا فولدت في ملكه او ملكها بعد ولادتها وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه لأنها خالقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها ولأن الأصل الرق وانما خوفا هذا الأصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففما عداه يبقى على الأصل ونقل القاضى بن ابي موسى عن احمد رضي الله عنه أنها تصير أم ولد في الحالين وهو قول الحسن وابي حنيفة لأنها أم ولده وهو مالك لما ثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه ولم أجد هذه الرواية عن احمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهنا فقال لا أقول فيها

في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا إجماع فوجب ان لا يثبت هذا الحكم ولأن الأصل الرق فتبقى على ما كانت عليه

(نصل) قال أحمد فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فان الولد لا يباحق بالمشتري ولا يبيعه لكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد ، وقد روي عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقل «لعله يريد أن يلج بها؟» فالوا نعم فقال رسول الله ﷺ «لقد هممت ان ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟» رواه ابو داود يعني أنه لو استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده فان اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد .

(فصل) إذا وطئ الرجل جارية ولده فان كان قد ملكها وقبضها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيه كما لو اشتراها وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتنى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وهذه ليست زوجته ولا ملك يمينه فان قيل فقد قل النبي ﷺ «أنت ومالك لابيك» فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق فيدل على أنه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه اضاف إليه الولد وليس بمملوك وأضاف

شيئاً وصرح في رواية جماعة سواء بجواز بيعها فقال لا أرى بأساً أن يبيعها إنما الحسن وحده قال أنها أم ولد وقال أكثر ما سميها فيه من التابعين يقولون لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها فإن عبيدة السلماني يقول نبيعها وشرح وإبراهيم وعامر الشعبي وأما إذا ملكها حاملاً فظاهر كلام أحمد رضي الله عنه أنها تصير أم ولد وهو مذهب مالك رضي الله عنه لأنها ولدت منه في ملكه فأشبه ما لو أحبلها في ملكه وقد صرح أحمد رضي الله عنه في رواية إسحاق بن منصور أنها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملاً وروى عنه ابنه صالح قال سألت أبي عن الرجل ينكح الأمة فتلد منه ثم يبتاعها قال لا تكون أم ولد له قلت فإن استبرأها وهي حامل منه قال إذا كان الوطء يزيد في الولد وكان يطأها بعدما اشتراها وهي حامل منه كانت أم ولد له قال ابن حامد إن وطئها في ابتداء حملها أو توسطه كانت بذلك أم ولد له لأن الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقال القاضي إن ملكها حاملاً فلم يطأها حتى رضعت لم تصير أم ولد له وإن وطئها حال حملها نظرنا فإن كان بعد أن كمل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصير به أم ولد وإن كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد لأن عمر رضي الله عنه قال بعدما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعمهوهن فممل بالتحالطة والتحالطة ههنا حاصلة لأن الماء يزيد في الولد ولأن الحرية لبعض الأثر في تحرير الجميع بدليل ما إذا انتق أحد الشريكين نصيبه من العبد

إليه ماله في حال إضافته إلى الولد ولا يكون الشيء ملكاً للمالكين حقيقة بدليل أنه يحل له وطء إمائه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولأن الولد لو مات لم يرث أبوه منه إلا ما قدر له ولو كان ماله لا يختص به ولو مات الأب لم يرث ورثته بل ابنه ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فلم أن النبي ﷺ إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض أحكامه . إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الأب للشبهة لأنه إذا لم يثبت له حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرك الحد فإن الحد يدرك بالشبهات ولكن يعززان لأنه وطئ وطئ محرماً فأشبهه وطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر أنه لا يعززان لأن مال ولده كماله ولا يصح لأن ماله مباح له غير ملوم عليه بخلاف وطء الأب فإنه عاد فيه ملوم عليه فإن علقته منه فولد حر لأنه من وطء درى فيه الحد لشبهة الملك فكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا يلزمه قيمته لأن الجارية تصير ملكاً له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملكه وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنقل إلى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر لا تصير أم ولد له ولا يملكها لأنه استولدها في غير ملكه فأشبهه الأجنبي ولأن ثبوت أحكام الاستيلاء إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكته ولا في معنى مملوكته لأنها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم لأن

وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي ام ولد وكلام الخزي يقتضي انها لا تكون ام ولد الا أن تحبل منه في ملكه وهو الذي نص عليه احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور فقال لا تكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا لانها لم تعلق منه بحر فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها يحقق هذا أن حملا منه ما أفاد الحرية لولده فلا ين لا يفيد الحرية أولى وبفارق هذا ما اذا حملت منه في ملكه فإن الولد حر فيتحرر بتحريره وما ذكره من زيادة الولد بالوطء غير متيقن فان هذا الولد يحتمل أنه زاد، وبمحتمل انه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل من زنا منه او من غيره فوطئها لم تصر أم ولد. وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاد انما يثبت بالاجماع في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا اجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على ما كان عليه

(فصل) قال احمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فإن الولد لا يباحق بالمشتري ولا يبيعه ولكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد وقد روي عن ابي الدرداء عن النبي ﷺ انه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال « لعله يريد أن يلم بها؟ » قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ « لقد هممت أن ألعنه لعنأ يدخل معه في قبره كيف

الاصل الرق فبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لا ينبغي أن يكون سببا للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات .

ولنا أنها عقلت منه بحر لاجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة وبهذا فارق وطأ الاجنبي . إذا ثبت هذا فانه لا يلزم مهرها ولا قيمتها ، وقال أبو حنيفة لا يلزم مهرها وتلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم أشبه ما لو قتلها وانما لم يلزم مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمه ثانيا كما لو قطع يدها فسرى القطع الى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد ، وقال الشافعي يلزمه مهرها لانه وطئ جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كالاجنبي وتلزمه قيمتها على اقول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لابنك » لانه لا يلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كملوكته ولانه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لا مولا يختص ببعضها فاشبه استيلاد مملوكته

(فصل) فإن كان الابن قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فاودها فقد روي عن احمد فيمن وقع على جارية ابنه ان كان الاب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولده فليس للابن فيها شيء قل القاضي : فظاهر هذا أن الابن ان كان قد وطئها لم تصر أم ولد للاب باستيلادها لانها محرم عليه تحريرا مؤبداً بوطء ابنه ولا تحل له بحال فأشبهه وطء الاجنبي فعلى هذا القول لا يملكها

يورثه وهو لا يحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ رواه أبو داود يعني أن استباحته وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده فان اتخذته مملوكا يستخدمه لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد

(فصل) واذا وطئ الرجل جارية ولده فان كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعاقت بها حاجته فقد ماله الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لان الله تعالى قال (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وهذه ليست زواجا له ولا ملك يمينه، فان قيل فقد قال النبي ﷺ «انت ومالك لا يبيك» فأضاف مال الابن الى أبيه بلام الملك والاستحقاق فدل على انه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه أضاف اليه الولد وليس بمملوك وأضاف اليه ماله في حالة اضافته الى الولد ولا يكون الشيء مملوكا للمالكين حقيقة في حال واحدة، وقد ثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إيمانه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعنته ولان الولد لومات لم يرث منه أبوه الا ما قدر له ولو كان ماله لاختص به ولو مات الاب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الاب حج ولا زكاة ولا جهاد ببسار ابنه فعلم أن النبي ﷺ إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض الاحكام

إذا ثبت هذا فانه لا حد على الاب للشبهة لانه اذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فان الحدود تدرأ بالشبهات ولكن يعذر لانه وطئ جارية لا يملكها وطئاً محرماً فكان عليه التعزير

ولا تعتق بموته فاما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحمه كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فنهيا تصير أم ولد له مع تحريرها عليه على التأييد فكذلك ههنا لانه وطئ يدرأ فيه الحد لشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) فان وطئ الابن جارية أبيه فهو زان عليه الحد اذا كان عالماً بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها ويعتق ولده على جده لانه ابن ابنه إذا قلنا ان ولد الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الاب على التأييد ولا تجب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملك أبيه ولم يمنع بيعها ولا التصرف فيها بنير الاستمتاع فان استولدها الاب بعد ذلك فقد فعل محرماً ولا حد عليه لانه وطئ صادف ملكاً وتصير أم ولد له لانه استولد مملوكته فاشبه ما لو وطئ أمته المراهونة

(فصل) فان وطئ أمته وهي مزوجة فقد فعل محرماً ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزر قل احجه يجلد ولا يزوج يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصناً فان أولدها صارت أم ولد له لانه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه .

كوطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر لا يميز عليه لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه وهذا الوطء هر عاد فيه ملوم عليه وان علمت منه فالولد حر لانه من وطىء درى، فيه الحد لشبهة الملك وكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا تلزمه قيمته لان الجارية تصير ماسكاً له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملك له وتصير ام ولد له تعتق بموته وتنتقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قولي، وقول في الآخر لا تصير ام ولده ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبهه الاجنبي، ولان ثبوت احكام الاستيلاء انما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكة له ولا في معنى مملوكته فانها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لا ينبغي أن يكون سبباً للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات

ولنا أنها عاققت منه بحر لاجل الملك فصارت ام ولد له كالجارية المشتركة وفارق وطء الاجنبي في هذا. اذا ثبت هذا فانه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها

وقال ابو حنيفة لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبهه ماله قتلها وانما يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمه ثانياً كما لو قطع يدها فسرى القمطع الى نفسها فانه يضمن قيمة الثمن دون قيمة اليد وقول الشافعي يلزمه مهرها لانه وطىء جارية غيره وطئاً محرماً فلزمه مهرها كلاجنبي ونلزمه قيمتها على اقول بكونها ام ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة

(فصل) ولو ملك رجل امه من الرضاع أو اخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في اصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر وان ولدت منه فالولد حر ونسبه لاحق به وهي ام ولده ولذلك لو ملك امه مجوسية او وثنية فاستولدها او ملك الكافر امه مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير ام ولد تعتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطئ امته المراهنة او وطئ رب المال امه من مال المضاربة فالولدها صارت له بذلك ام ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وان كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة وعليه قيمتها للرهن تجعل مكانها رهناً او يوفيه عن دين الرهن والله اعلم

﴿مسئلة﴾ واحكام ام الولد احكام الامة في الاجارة والاستخدام والوطء وسائر امورها الا فيما ينقل الملك في رقبته كالبيع والهبة والوقف او ما يراد له كالرهن وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه

وجملة ذلك ان الامة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاء وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ولأنه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كملوكته ولأنه وطئ صارت به الموطوءة أم ولد لا مراً لا يختص ببعضها فأشبهه استيلاء مملوكته (فصل) فإن كان الولد قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها فقد روي عن أحمد رضي الله عنه فيمن وقع على جارية ابنه أن كان الأب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولده وليس للابن فيها شيء . قال القاضي فظاهر هذا أن الابن أن كان قد وطئها لم تصر أم ولد للأب باستيلائها لأنها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطئ ابنه لها ولا تحل له بحال فأشبهه وطئ الاجنبي فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته . فاما ولدها فيعتق على أخيه لأنه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاء من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فانها تصير أم ولد له مع كونها محرمة عليه على التأييد فكذلك هنا وذلك لأنه وطئ يدرأ فيه الحد بشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) وإن وطئ الابن جارية أبيه أو أمه فهو زان يلزمه الحد إذا كان عالماً بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده لأنه ابن ابنه إذا قلنا أن ولده من الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الأب على أنها لا يبدل ولا تجب بسبب قيمتها على الابن لأنه لم يخرجها عن ماله ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرماً ولا حد عليه لأنه وطئ صادف ملكاً وتصير أم ولد له لأنه استولد مملوكته فأشبهه مالو وطئ أمته المراهنة (فصل) وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرماً ولا حد عليه لأنها مملوكته ويعزز قال أحمد

وعورتها ، وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك أنه لا يملك إيجارها وتزويجها لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها وإيجارها كالحررة

ولنا أنها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها وإيجارها كالحررة وإنما منع بيعها لأنها استحققت أن تعتق بموته وببيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والإجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها . إذا ثبت هذا فانها تخالف الأمة القن في أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لأنها تعتق بموت سيدها وبزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء

وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن وإليه ذهب داود قال ثنا سعيد ثنا سفيان عن عمرو بن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال بعها كما تبيع ثيابك أو بعيرك قال وثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خطب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن اعتقن ففضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت رأيت أن أرقن قال عبيدة فرأيت عمر وعلي في الجماعة أحب إلينا من رأي علي وحده وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لأبي أي

رضي الله عنه يجلد ولا يرحم يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم اذا كان محصناً فان أولدها صارت أم ولده لانه استولد مملوكته وتعق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه

(فصل) ولو ملك رجل أمه من رضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في أصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر فان ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده وكذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويأحقه نسب ولده وتصير أم ولد له تعق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطئ أمته المهرونة أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وعليه قيمتها للرتن تجعل مكانها رهناً أو توفية عن دين الرهن وتنفسخ المضاربة فيها وإن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة والله أعلم

«مسئلة» قال (واذا علفت منه بحر في ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الانسان كانت له بذلك أم ولد)

ذكر الخريقي لصيرها أم ولد شروطا ثلاثة (أحدها) أن تعلق منه بحر فأما إن علفت منه بمملوك ويتصور ذلك في الملك في موضعين (أحدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقدا انه يملك فانه اذا وطئ

شيء تنذهب في بيع أمهات الاولاد؟ قال اكرهه وقد باع علي بن ابي طالب وقل في رواية اسحاق ابن منصور لا يعجبني بيعهن، قل أبو الخطاب وظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن احمد قل شيخنا والصحيح ان هذا ليس برواية مخالفة لقوله انهن لا يبعن لان السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيرا ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافا وحجة من أجاز بيعهن ما روى جابر قل بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمرها نانا فانتبهنا وما كان جائزا في عهد النبي ﷺ وأبي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عهد النبي ﷺ لان النص انما ينسخ بنص، وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به وان اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم اقوال رسول الله ﷺ ولا يتركونه بأقوالهم وانما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ولو بلغه لم يعده الى غيره ولانها مملوكة لم يعتقها سيدها ولا شيئا منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعق كما لو ولدت من ابنته في نكاح أو غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت موجبة لعنتها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه

أمته واستولدها فولده مملوك ولا تصير الامة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك وسواء أذن له سيده في التسمي بها أو لم يأذن له (وانثاني) إذا استولد المكاتب أمته فإن ولده مملوك له ، وأما الامة فإنه لا يثبت لها احكام ام الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بحر وولده منها ليس بحر فأولى أن لا تتحرر هي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كأمة العبد القن وهل يملك المكاتب بيها والتصرف فيها ؟ ففيه اختلاف ذكر القاضي في موضع أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال وهذا احد قولي الشافعي لأنها علقت بمملوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من أحكام الاستيلاد كأمة العبد القن ، وظاهر المذهب أنها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل الملك فيها فان عتق صارت له ام ولد تعتق بموته فيثبت لها من حرمة الاستيلاد ما يثبت لولدها من حرمة الحرية وقد نص احمد رضي الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقى يحتمل الوجهين جميعاً

(الشرط الثاني) أن تعلق منه في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم مثل الوطء في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام أو الظهار أو غيره ، فأما ان علقت منه في غير ما ذكره لم تصر بذلك أم ولد سواء علقت منه بمملوك مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقت بحر مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة وتزوجها على أنها حرة فاستولدها أو اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة فان الولد حر ولا تصير الامة ام ولد في هذه المواضع بحال وفيه وجه آخر انه إن ملكها

وروي عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه قال سعيد ثنا سفيان ثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعه في دينه فأثبنا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجملوها من نصيب أولادها ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « إيا أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال « أعتقها ولدها » رواها ابن ماجه ، وذكر الشريف أبو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع امهات الاولاد ولا ييمن ولا يرهن ولا يرثن يستمتع بها سيدها ما بداله فان مات فهي حرة قال شيخنا وهذا فيما اظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كان رأيي ورأي عمر ان لا تباع امهات الاولاد وقوله قضي به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبدة رأيي علي في الجلاءة احب البينا من رأيه حده وروى عكرمة عن ابن عباس قال قول عمر ما من رجل يقر بأنه يطاء جارية ثم يموت الا اعتقها اذا ولدت وان كان سقطا فان قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فروى عبدة قال بعث الي علي والى شرح فقال لي اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض الاختلاف

بعد ذلك صارت ام ولد وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسئلة التي قبل هذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط ههنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ، وأما انتفاؤه عند انتفاؤها فيذكر في مسائل مفردة لها (الشرط الثالث) أن تضع ما تبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس او يد او رجل او تخطيط سواء وضعته حياً أو ميتاً وسواء اسقطته او كان تاماً ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا ولدت الامة من سيدها فقد عنت وان كان سقطاً ، وروي الاثر من اسناده عن ابن عمر انه قال أعتقها ولدها وان كان ولدها سقطاً قال الاثر قلت لأبي عبد الله أم الولد اذا اسقطت لا تعتق ؟ فقال اذا تبين فيه يد او رجل او شيء من خلقه فقد عنت وهذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا تابث في الخلق الرابع فكان مخلصاً انتقضت به عدة الحرية واعتقت به الامة ولا أعلم في هذا خلافاً من قال بثبوت حكم الاستيلاء ، فأما إن ألبت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من احكام الولادة لان ذلك ليس بولد وروي يوسف بن موسى ان أبا عبد الله قيل له مات قول في الامة اذا ألت مضعاً او علقة ؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي ، وان وضعت مضعاً لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهم اطاعوا على الصورة التي خفيت على غيرهن وإن لم يشهدن بذلك لكن علم انه مبتدأ خالق آدمي إما بشهادتهن او غير ذلك ففيه روايتان (احدهما) لاتصير به الامة ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرية ولا يجب على الضارب المتلف له الفرة ولا الكفارة وهذا ظاهر كلام الحنفي والشافعي وظاهر ما نقله الاثر من احمد رضي الله عنه وظاهر كلام الحسن والشعبي وسائر من اشترط أن يبين شيء في خالق الانسان لانه لم يبين فيه شيء من خلق الآدمي اشبه النطفة والعلق (والثانية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خالق آدمي اشبه اذا تبين ، وخرج

وابن عباس قل : ولد أم الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقهن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الامة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز ان يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأي المخالف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجماً جرم مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الائمة الذين لا تجوز نسبتهم الى ارتكاب الحرام قلنا الاجماع ينقسم الى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فتمكن المخالفة منهم مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولم تخرج مخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا فأما قول جابر بعنا امهات الارلاد على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بأنه كان يعلم رسول الله ﷺ ولا علم ابي بكر فيكون ذلك واقعاً منهم على انفرادهم فلا تكون فيه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله ﷺ وابي بكر واقراً عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة

ابو عبد الله بن حامد رواه ثالثة وهو ان الامة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لانه روي عن احمد رضي الله عنه في الامة اذا وضعت فمسته القوابل فعلم ان له لحم ولم يتبين لحمه تحتاط في العدة بأخرى، ويحتاط بعق الامة وظاهر هذا انه حكم بعق الامة ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامة يحصل للحرية فاحتيط بتحصيلها، والعدة يتعلق بها تحريم الزوج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعية بالكس لا تجب العدة ولا تصير الامة أم ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاؤها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرية فتغلب ما يفضي اليها والله أعلم.

﴿مسئلة﴾ قال (فاذا مات فقد صارت حرة وان لم يملك غيرها)

يعني ان ام الولد تعتق من رأس المال وان لم يملك سواها وهذا قول كل من رأى عتقهن لانعلم بينهم فيه خلافا وسواء ولدت في الصحة او المرض لانه حاصل بالتداه وشهوته وما يتلغه في لذاته وشهوته يستوي فيه حال الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم في هذا خلافا بين من رأى عتقهن.

قال سعيد حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلا فقال انا تركنا

بعدها على مخالفتها ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر عليهم ويقول كيف تخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبيه؟ وكيف تتركون سنتهما وتحرمون ما احلا ولانه لو كان ذلك واقعا بعلمها لاحتج به علي بن أبي طالب ببيعته واحتج به كل من وافقه على بيعته ولم يجز شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ما حمله عليه فلا يكون فيه اذا حجة ويحتمل أنهم باعوا امهات الاولاد في النكاح لافي الملك (فصل) ومن اجاز بيعته فعلى قوله ان لم يبعها سيدها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وان كان له وارث سوى ولدها حسبت من نصيبه فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلا شيء له وان كانت اكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال انه إذا ورث سها من يعتق عليه سرى العتق الى باقيه فانه يعتق ان كان موسرا وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها ورثته كسائر رقيقه

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت من غير سيدها فولدها حكمها في العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت)

إذا ولدت ام الولد بعد ثبوت حكم الاستيلاء لها من غير سيدها من زوج او غيره فحكمه حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها قال

هذا الرجل يبيع أمهات الاولاد يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر أتعرفان أبا حفص ؟ فإنه قضى في أمهات الاولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فإذا مات فهي حرة
وقال حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضي الله عنه ما من رجل كان يقر بأنه يطاء جاريته ويموت الا أعتقها إذا ولدت وإن كان سقطا

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أئمة اهل الفتوى من أهل الامصار لان ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر والعفيف والفاجر كالتيدير والكتابة ولان عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فإذا استويا في النسب استويا في حكمه وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن ابي عطية الهمداني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في أم الولد ان أسلمت واحصنت وعفت أعتقت ، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن أم ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه وكتب عمر بيعوها ليسبها أحد من أهل دينها وإذا كان مبنى عتق أمهات الاولاد على قول عمر رضي الله عنه وقد قال هذا القول فينبغي أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة لانتفاء الدليل الذي ثبت به عتقهن والله أعلم
﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا صارت الأم أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره كان له حكمها في العتق بموت سيدها)

وجملته ان أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاء لها من غير سيدها من زوج او غيره

احمد قال عمر وبن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاء إلا أن عمر بن عبد العزيز قال هم عبيد فيحتمل أنه أراد انهم لا يثبت لهم حكم أمهم لان الاستيلاء يختص بها فتخص بحكمه كولد من علق عتقها بصمة ويحتمل انه أراد انهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لان الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متاكداً كولد المكتوبة والمدبرة بل ولد أم الولد أولى لان سبب العتق فيها مستقر لا سبيل الى ابطاله بحال وإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم يبطل حكم الاستيلاء في الولد وتعتق بموت سيدها لان السبب لم يبطل وانما لم تثبت الحرية فيها لانها لم تبق محلاً وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه وأما ولد المكتوبة إذا ماتت فإنه يعود رقيقاً بموتها فلم يبق حكمه فيه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في بابها فإن أعتق السيد أم الولد او المدبرة لم يعتق ولدها لانها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده وكذلك ان اعتق ولدها لم يعتق بعتقه وان أعتق المكتوبة

حكم ولدها حكمها في انه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها . قال احمد رضي الله عنه قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزاتها ولا نعم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد الا ان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال هم عبيد فيحتمل انه أراد انه لا يثبت لهم حكم أمهم لان الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل انه أراد انهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لان الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه اذا كان متأكداً كولد المكاتب والمذبرة بل ولد ام الولد أولى لان سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل الى ابطاله بحال فان ماتت ام الولد قبل سيدها لم تبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لان السبب لم يبطل وانما ثبتت الحرية فيها لانها لم يبق محلا وكذلك ولد المذبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه ، وأما ولد المكاتبه اذا ماتت فانه يعود رقيقاً لان المقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه وقد ذكرنا في هذا خلافاً فيما تقدم، وإن أعتق السيد ام الولد او المذبرة لم يعتق ولدها لانها عتقت بغير السبب الذي تبعا فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده وكذلك إن أعتق ولدها لم يعتق بعتقه ، وإن أعتق المكاتبه فقد قال احمد وسفيان واسحاق: المكاتبه اذا أدت او أعتقت عتق ولدها وام الولد والمذبرة اذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا ان ولد المكاتبه يتبعها في العتق باعتاق سيدها لانه في حكم مالها يستحق كسبه فيتبعها اذا أعتقها كمالها ولان اعتاقها يمنع اداءها بسبب من السيد فأشبهه مالو أبرأها من مال المكاتبه

فقد قل أحمد وسفيان واسحاق المكاتبه اذا أدت أو أعتقت عتق ولدها وأم الولد والمذبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا أن ولد المكاتبه إذا أعتقها سيدها أنه يتبعها في العتق لانه في حكم مالها تستحق كسبه فيتبعها في العتق كمالها ولان اعتاقها منع اداءها بسبب من السيد فأشبهه مالو أبرأها من مال المكاتبه

(فصل) فاما ولد ام الولد قبل استيلادها وولد المذبرة قبل تدبيرها وولد المكاتبه قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في امه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز في السبب أولى وذ كر أبو الخطاب في ولد المذبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهذا بعيد لان الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا في شيء من الاحكام سوى الاسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير؟ ولانه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

﴿ مسألة ﴾ (وان مات سيدها وهي حامل فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين)

هذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل هل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين ومبنى الخلاف على الخلاف في نفقة الحامل هل هي للحمل أو للحامل ؟ فان قلنا هي للحمل فلا نفقة لها ولا للامه الحامل لان الحمل

(فصل) فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها والمكاتب قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز في السبب أولى وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهو بعيد لأن الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

مسئلة قال (وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فإذا أسلمت له وإن مات قبل ذلك عتقت)

وجملة ذلك أن الكافر يصح منه الاستيلاء لأتمه كما يصح منه عتقها وإذا استولد الذي أمته ثم أسلمت لم تعتق في الحال وبهذا قال الشافعي وقال مالك تعتق إذ لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار مالكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة القن وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنها تستسعى فإن أدت عتقت وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعاً بين الحقين حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليها وحقه في حصول عوض ملكه فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد

ولنا أنه اسلام طراً على مالك فلم يوجب عتقاً ولا سعاية كالعبد القن وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقاؤها ضرر فإن في عتقها مجانا اضراراً بالملك بازالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء الزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه لأن فيه إحالة على سعاية لا تدري هل يحصل

له نصيب في الميراث فتجب نفقته في نصيبه لافي انصباؤه شركائه، وإن قلنا للحامل فالنفقة على الزوج والسيد لأنها شغلها بحملها فكان عوض ذلك عليهما كما لو استأجر أداراً كانت أجرها عليها

مسئلة (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها وعنه يفديها بارش الجناية كله) إذا جنت أم الولد تعلق أرش جنائيتها برقبته وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها وبهذا قال الشافعي وحكى أبو بكر عبد العزيز قولاً آخر أنه يفديها بارش جنائيتها بالغة ما بلغت لأنه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنائيتها بالغة ما بلغت كالقن وقال أبو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فدؤها وجنائيتها في ذمتها تنبع بها إذا عتقت لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فدؤها كالحرية ولنا أنها مملوكة له يملك كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنائيتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لأنه لم يمتنع من تسليمها وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلاً للبيع ولا انقل الملك فيها وأما القن إذا لم يسلمها فأنما فيه منع وإن سلم فلان القن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها راغب أكثر

منها شيء أو لا؟ وإن حصل فظاهر أنه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والحق أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها وانتلاذ بها كي لا يظأها ويبتذلها وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع اختلاوة بها لئلا يفضي إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لأنها مملوكة ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمریضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها، وإن احتاجت إلى أجر أو أجر مسكن فعلى سيدها

وذكر القاضي أن نفقتها في كسبها وما فضل من كسبها فهو لسيدها وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها؟ على روايتين ونحو هذا مذهب الشافعي والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب أو لم يكن لأنها مملوكة له ولم يجرب بينهما عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها فأشبهت أمته القن أو ما قبل إسلامها ولأن الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منهما لا يصلح مانعاً لأن الاستيلاء لا يمنع منها بدليل ما قبل إسلامها والإسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجتماعها لا يمنع لأنه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه، ولأنه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وأوضاعها ولا يملك فضل كسبها فيلزمه فضل نفقتها كسائر ممتلكاته

(مسئلة) قال (وإذا اعتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثته سيدها)

من قيمتها فإذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الارش بكماله بخلاف أم الولد فإن ذلك لا يحتمل فيها لأنه لا يجوز بيعها فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) فإن ماتت قبل فداؤها فلا شيء على سيدها لأنه لم يتعلق بدمته شيء وإنما يتعلق برقبته فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه وإن نقصت قيمتها قبل فداؤها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء فيجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها وإن زادت قيمتها زاد فداؤها لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالتلف وينبغي أن تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاء لأن ذلك ينقصها فاعتبر كل مرض وغيره من العيوب ولأن الواجب قيمتها في حال فداؤها وقيمتها ناقصة عن قيمة أم الولد فيجب أن ينقص فداؤها وإن يكون مقدراً بقيمتها في حال كونها أم ولدها والحكم في الدبرة كالحكم في أم الولد أن قلنا لا يجوز بيعها وإن قلنا يجوز بيعها فيمكن تدعيمها للبيع إن اختار سيدها فإن امتنع منه فهل ينفذها بقيمتها أو ارش الجنابة بالغة ما بلغت يخرج على روايتين

(فصل) فإن كسبت بعد جنابتها شيئاً فهو لسيدها لأن الملك ثابت له دون المجني عليه وكذلك ولدها لأنه من نسل ذنبا فاشبه الكسب وإن فداها في حل حملها فعليه قيمتها حاملة لأن الولد متصل بها أشبه سمنها وإن اتلفها سيدها فعليه قيمتها لأنه اتلف حق غيره أشبه اتلاف الرذن وإن نقصها فعليه نقصها لأنه لما ضمن العين ضمن أجزائها

إنما كان كذلك لان ام الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما في يدها له فإذا مات سيدها فعتقت
انتقل ما في يدها الى ورثته كسائر ماله وكما في يد المدبرة وتخالف المكاتبه فان كسبها في حياة سيدها
لها فإذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أوصى لها بما في يدها كان لها اذا احتمله الثلث)

وجملته ان الوصية لام الولد تصح فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاد
وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي

وقد روى الامام احمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن ان عمر بن الخطاب
أوصى لأمهات أولاده باربعة آلاف أربعة آلاف ولان ام الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها لان عتقها
يذبح بموته فلا تقع الوصية لها الا في حال حربتها ، وأما قوله اذا احتمله الثلث فلان الوصية كلها
لا تلزم إلا في الثلث فما دون وهذا منها وما زاد على الثلث يقف على اجازة الورثة فان أجازوه جاز
وإلا رد الى الورثة ولا تعتبر قيمة ام الولد من الثلث لانها تعتق من رأس المال فلا تحسب من
الثلث كقضاء الديون وإداء الواجبات

(فصل) وإن أوصى لمدبره او مدبرته صحت الوصية أيضاً الا انه تعتبر قيمته وما أوصى له
به من الثلث لان التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية فان خرجا من الثلث عتق وكان ما أوصى
به له وصحت الوصية لانها وقعت في حال حرته فأشبهت الوصية لام ولده وإن لم يخرج من الثلث
اعتبرت قيمته من الثلث فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية
له وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف ما زاد على اجازة الورثة

﴿ مسئلة ﴾ (فان عادت فجنت فداها أيضاً وعنه يتعلق ذلك بذمتها)

فاما ان جنت جنائيات فان كانت الجنائيات كلها قبل فداء شيء منها تعلق أرش الجميع برقبته ولم
يكن عليه فيها كلها الا قيمتها أو أرش جميعها وعليه الاقل منها ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم
فان لم يف بها تحاصوا فيها بقدر اروش جنائياتهم وان كانت الجنائية الثانية بعد فدائه من الاولى فعليه
فداؤها من التي بعدها كالاولى وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه إذا فداها بقيمتها مرة لم
يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها وقال الشافعي في
أحد قوله لا يضمنها ثانياً ويشارك الثاني الاول فيما أخذه كما لو كانت قبل فداها

ولنا أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما أخذه الاول عوض جنائياته أخذه بحق
فلم يحز ان يشاركه غيره فيه كارش جنابة الحر أو الرقيق اثنتي عشرة فارق ما قبل الفداء لان ارش الجنائيات

(مسئلة) قال (واذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة)

انما كان كذلك لان الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذي كان يطؤها فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياته وانما سمي الخرقى هذا عدة لان الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح وتحصل به معرفة براءتها من الحمل وقد ذكرنا هذه المسئلة في العدد والخلاف فيها على ما مضى

(مسئلة) قال (واذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها)

وجعلته ان ام الولد اذا جنت تعاق أرش جنائيتها برقبته وعلى السيد أن يفديها بأقل الامرين من قيمتها أو دونها وبهذا قال الشافعي وحكى ابو بكر عبد العزيز قولاً آخر انه يفديها بأرش جنائيتها بالغة ما بلغت لانه لم يسلمها في الجزية فلزمه أرش جنائيتها بالغة ما بلغت كالقن ، وقال ابو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فداؤها وتكون جنائيتها في ذمتها تتبع بها اذا عتقت لانه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرّة

ولنا انها مملوكة له كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنائيتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لانه لم يمنع من تسليمها ، وانما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلاً للبيع ولا لنقل الملك فيها وفارقت

تعلق برقبته في وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كالمالك كانت الجنائيات على واحد (فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقي اذا كانت كلها قبل الفداء وان كانت المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها

(فصل) وللسيد تزويجها وان كرهت وبهذا قال أبو حنيفة وهو احد قولي الشافعي واختيار المزي وقال في القديم ليس له تزويجها الا برضاها لانه قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد ابطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمسكينة وقول في الثالث ليس له تزويجها وان رضيت لان ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجه الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف وقد روي عن أحمد أنه قيل له ان مالكا لا يرى تزويجها فقال وما يصنع مالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان اذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها

وانما أنها أمة يملك الاستمتاع منها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارق المسكينة فانه لا يملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولانه يفضي الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه وقولهم يزوجه الحاكم لا يصح فان الحاكم لا يزوجه الا عند عدم الولي او غيبته او عضله ولم يوجد واحد منهما. إذا ثبت هذا فانه إذا زوجها فالمهر له لانه بمنزلة كسبها وكسبها له

أقن إذا لم يسلمها فنه أن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايده أكثر من قيمتها فإذا امتنع مالها من تسليمها أوجبنا عليه الارش بكامله ، وفي مسئلتنا لا يحتمل ذلك فيها فإن بيعها غير جائز فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) وإذا ماتت قبل فداها فلا شيء على سيدها لأنه لم يتعلق بذمته شيء وإنما يتعلق بربقتها فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه ، وإن نقصت قيمتها قبل فداها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لأنها لو تلف جميعها لسقط الفداء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وإن زادت قيمتها زاد فداؤها لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالتقريب ونحن ينبغي أن نحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لأن ذلك نقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فداها وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها أم ولد والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد إلا أنها يجوز بيعها في رواية فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها ، وإن امتنع منه فهل يندبها بأقل الأمرين أو يلزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ ؟ يخرج على روايتين

(فصل) وإن كسبت بعد جنائيتها شيئاً فهو لسيدها لأن الملك ثابت له دون المجني عليه وإن ولدت فهو لسيدها أيضاً لأنه منفصل عنها فأشبهه الكسب وإن فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملاً لأن الولد متصل بها فأشبهه سمها ، وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها لأنه أتلف حق غيره فأشبهه ما لو أتلف الرهن وإن نقصها فعليه نقصها لأنه لما ضمن الأمين ضمن أجزاءها والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فإن عادت بجننت فداها كما وصفت)

﴿مسئلة﴾ (وإن قتلت سيدها عمداً فعليه القصاص وإن عفوا على مال أو كانت الجناية خطأ

فعليها قيمة نفسها وتعاقب في الموضعين)

إذا قتلت أم الولد سيدها عمداً فعليه القصاص لورثة سيدها إن لم يكن له منها ولد كما لو لم تكن أم ولد وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده لم يجب عليها القصاص لأنه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص وقد توقف أحمد عن هذه المسئلة في رواية منها وقال دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وإن كان مع ولده منها أولاد له من غيرها لم يجب القصاص أيضاً لأن حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ونقله عن أحمد أنه يقتلها أولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه والصحيح أنه لا قصاص عليها وإذا لم يجب القصاص فعليه قيمة نفسها وهذا قول أبي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لأنها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنائيتها والواجب على الحر بقتل الحر دية .

ولنا أنها جناية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو وجب على احبني ولأن اعتبار

وجملته ان ام الولد اذا جنت جنائيات لم تخل من ان تكون الجنائيات كلها قبل فداء شيء منها او بعده فان كانت قبل الفداء تعلق ارش الجميع برقبته ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها او ارش جميعها وعليه الاقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فان وفي بها وإلا تحاصوا فيه بقدر اروش جنائياتهم ، وان كان الثاني بعد فداؤها من الاولى فعليه فداؤها من التي بعدها كما فدى الاولى ، وقال ابو الخطاب عن احمد رضي الله عنه رواية ثانية اذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه اكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها ، وقال الشافعي رضي الله عنه في أحد قولي لا يضمنها ثانياً ويشترك الثاني الاول فيما اخذه كما لو كانت الجنائيات قبل فداؤها

ولنا انها ام ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما اخذه الاول عوض جنائياته اخذه بحق فلم يجوز ان يشاركه غيره فيه كارش جناية الحر أو الرقيق القن وفارق ما قبل الفداء لان ارش الجنائيات تعلق برقبته في وقت واحد فلم يلزم السيد اكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنائيات على واحد (فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفّر الواجب على الباقيين اذا كانت كلها قبل الفداء وإن كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفّر ارشها على سيدها والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ووصية الرجل لام ولده واليها جائزة)

أما الوصية لها فقد ذكرناها وأما الوصية اليها فجائزة لانها في حال نفوذ الوصية حرة فأشبهت زوجته أو غيرها من النساء ويعتبر لصحة الوصية اليها ما يعتبر في غيرها من المدالة والعقل وسائر الشروط وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم أو وصى اليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو أمضاء وصيته أو غير ذلك

الجنابة في حق الجاني بحال الجنابة بدليل ما لو جنى عبد فاعتقه سيده وهي في حال الجنابة أمة فانها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجنابة فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيرها ولا لأنها ناقصة بالرق اشبهت القن وتمازق الحر فانه جنى وهو كامل وإنما تعاقى موجب الجنابة بها لانها فوتت رقبها بقتلها سيدها فاشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بإدائه

﴿ مسألة ﴾ (ولاحد على قاذفها وعنه عليه الحد)

والاول قول أكثر أهل العلم وروي عن أحمدان عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى منع بيعها اشبهت الحرية والاول أصح لانها أمة حكمها حكم الاماء في أكثر أحكامها ففي الحد أولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحاط لاسقاطها ولانها أمة تعتق بالموت اشبهت الدبرة وتمازق الحرية فانها كاملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرية بقتلها لعدم المكافأة فان كان القاتل رقيقاً وجب القصاص عليه لانها اكل منه وان جنت على عبد أو أمة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لانها أمة أحكامها أحكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالدبرة

(مسئلة) قال (وله تزويجها وإن كرهت)

وجملته أن للرجل تزويج أم ولده أحبت ذلك أم كرهت وبهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزي و قال في القديم ليس له تزويجها إلا برضاها لأنها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة وقال في الثالث ليس له تزويجها وإن رضيت لأن ماله فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزويجها الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف وقد روي عن أحمد رضي الله عنه أنه قيل له إن ماله لا يرى تزويجها فقال وما نصنع بمالك؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارقت المكاتبة فإنه لا يملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه ، وقولهم يزويجها الحاكم لا يصح فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها إذا ثبت هذا فإنه إذا زوجها فالمهر له لأنه بمنزلة كسبها وكسبها له وإذا عتقت بموته فإن كان زوجها عبداً فلها الخيار ولأنها عتقت تحت عبد وإن كان حراً فلا خيار لها

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا أسلمت أم ولد الكافر منع من غشيانها وحيل بينه وبينها واجبر على نفقتها إن لم يكن لها كسب فإن مات قبل ذلك عتقت وعنه أنها تستسعى في حياته وتعق يصح استيلاء الكافر لأمته كما يصح منه عتقها وإذا استولد أمته ثم أسلمت لم تعق في الحال ، وبه قال الشافعي وقال مالك تعق إذ لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة اقن ونقل معنا عن أحمد مثل ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستسعى فإن أدت عتقت ، وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعاً بين الحتين حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليه وحقه في حصول عوض ملكه فأشبهه ببيعها إذا لم تكن أم ولد .

ولنا أنه أسلم طراً على ملك فلم يوجب عتقا ولا سعاية كالعبد القن وما ذكره حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقابلها ضرر فإن في اعتاقها مجانا اضراً بالملك بإزالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء إلزامها الكسب بغير رضاها وتضييع لحق سيدها لأن فيه إحالة على سعاية لا يدرى هل يحصل منها شيء أولاً؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والاولى أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كيلا يفعل ذلك وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التام لأنها مملوكة ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمورها ، وإن احتاجت إلى أجر أو أجر مسكن فعلى سيدها وذكر

﴿مسئلة﴾ قال (ولا حد على من قذفها)

هذا قول أكثر أهل العلم وقد روي عن أحمد رضي الله عنه أنه عليه الحد لأن ذلك يروى عن ابن عمر ولأن قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحرية والاول اصح لانها امة حكمها حكم الاماء في أكثر احكامها في الحد اولى لان الحدود تدرأ بالشبهات وباحتياط لا سقاطها ولانها امة تعتق بالموت اشبهت المدبرة وتفارق الحرية فانها كاملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرية بقتلها لعدم المكافأة، وإن كان القاتل لها رقيقاً وجب القصاص عليه لانها اكمل منه، وإن جنت على عبد او امة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لانها امة احكامها احكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة

﴿مسئلة﴾ قال (وان صلت مكشوفة الرأس كره لما ذاك وأجزأها)

انما كره لها كشف رأسها في صلاتها لانها قد اخذت شبهاً من الحرائر لا امتناع بيعها وقد سئل أحمد رضي الله عنه عن ام الولد كيف تصلي؟ قال تغطي رأسها وقدميها لانها لا تباع وكان الحسن

القاضي أن نفقتها في كسبها والفاضل منه لسيدها فان عجز كسبها عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها؟ على روايتين، ونحو هذا مذهب الشافعي قال شيخنا والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التام سواء كان لها كسب أو لم يكن لانها مملوكة ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا تملك به كسبها فهي كمتة القن او ما قبل اسلامها ولأن الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منهما لا يصلح مانعاً لأن الاستيلاء لا يمنع منها بدليل ما قبل اسلامها والاسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجماعهم لا يمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى النصوص عليه لانه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى الى هلاكها وضياعها ولانه يملك فاضل كسبها فلزمه فضل نفقتها كسائر ممتلكات

﴿مسئلة﴾ (واذا وطئ احد الشريكين الجارية واولدها صارت أم ولده له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه فان كان معسراً كان في ذمته)

وطء الجارية المشتركة محرم بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ولا حد فيه في قول أكثر أهل العلم، وقال ابو ثور يجب عليه الحد لانه وطء محرم فاشبه وطء الامة الاجنبية.

وانما انه وطء صادق ملكه فلم يجب الحد كوطء زوجته الخائض ويفارق ما لا ملك له فيه فانه لاشبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له فيها شرك لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ويجب عليه التعزير بغير خلاف فعلمه لما ذكرنا في حجة أبي ثور فان وطئها ولم تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثالي لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فاوجب مهر انثل كلو وطئها يظنها امرأته وسواء طأوعته أو أكرهها لان وطء جارية الغير يوجب المهر وان طأوعت لان المهر ليسيدها لا يسقط

يحب للأمة إذا عهدها سيدها يعني وطئها ان لا تصلي إلا مجتمعة وإن صلت مكشوفة الرأس اجزأها لأنها أمة حكمها حكم الاماء ، قال ابراهيم تصلي ام الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة، وقد روي عن احمد رضي الله عنه رواية اخرى ان عورتها عورة الحرة وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة والصحيح ان حكمها حكم الاماء وانما خالفتهن في استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها وهذا لا يوجب تغير الحكم في عورتها كالمديرة ولان الاصل بقاء حكمها في إباحة كشف رأسها ولم يوجد ما ينقل عنه من نص ولا ما في معناه فيبقى الحكم على ما كان عليه

(مسألة) قال (واذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها)

وجهاته ان ام الولد اذا قتلت سيدها عتقت لانها لا يمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها وعليها قيمة نفسها ان لم يجب القصاص عليها وهذا قول ابي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لانها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحرة ولنا انها جناية من ام ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو جنت على أجنبي ولان اعتبار

بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع بعض أعضائها والواجب عليه من المهر بقدر ملك الشريك فيها، فاما ان أحباها ووضعت ما يتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك أم ولد للواطيء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك عن ملك الشريك كمن خرج بالاعتاق موسراً كان الواطيء أو معسراً لان الايلاد أقوى من الاعتاق. وهذا قول الخرقى ويلزمه نصف قيمتها لانه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرجه بالاعتاق أو الاتلاف فان كان موسراً أداه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو أنفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فأشبه ما لو وطئ زوجته فعلى هذا القول ان وطئها الثاني بعد ذلك فأولدها فعليه مهرها لانه وطء صادف ملك الغير فأشبهه وطء الامة الاجنبية فان كان عالماً فولده رقيق لانه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك فهو كوطء مملوكة غيره وان جهل ايلاد شريكه وانها صارت أم ولد له فولده حر لانه من وطئ شبهة وعليه فداؤه بقيمته يوم الولادة لانه الوقت الذي يمكن التقويم فيه ذكره الخرقى .

وقال القاضي الصحيح عندي أن الاول لا يسري استيلاده إذا كان معسراً ولا يقوم عليه نصيب شريكه بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قن باق على ملك الشريك لان الاحبال كالتقويم ويجري مجراه في التقويم والسراية واعتبر في سرايته اليسار كالتقويم وهو قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي فعلى هذا إذا ولدت بمتمل ان يكون الولد كله حراً ، واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً كالمه وكولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الاول من حر وقن ، ووجه القول الأول أن الاستيلاد أقوى من العتق ولهذا ينفذ من رأس المال من المريض ومن المجنون بخلاف الاعتاق

الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل مالو جنى على عبد فأعتقه سيده وهي في حال الجناية أمة فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيره ولأنها ناقصة بالرق أشبهت القن وتفارق الحر فنه جنى وهو كامل وإنما تعلق موجب الجناية بها لأنها فوتت رقها بقتلها لسيدها فأشبهه مالو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه وأما إن قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها وإن كان - منه من ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها لأنه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص، وقد توقف إجمد رضي الله عنه عن هذه المسئلة في رواية مهناء، وقال دعة من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وإن كان لها منه ولد وله ولد من غيرهما لم يجب القصاص أيضاً لأن حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله وقد نقل مهناء عن إجمد رضي الله عنه أنه يقتلها أولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه والصحيح أنه لا قصاص عليها ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن حقه منه والله أعلم والحمد لله وحده وصلى الله على محمد

(فصل) وهل يلزمه نصف قيمة الولد؟ على وجهين ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يلزمه وهو ظاهر كلام الحرقي لأن الولد خلق حرراً فلم يلزمه قيمة ولده الحر (والثاني) يلزمه نصف قيمته لشريكه لأن الوطاء صادف ملك غيره وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطاء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطاء على ملكه فيكون في ملك غيره وفعله ذلك مع انحلاق الوالد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور، وقال القاضي إن وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الوطاء لأنها وضعت في ملكه ووقت الوجوب حالة الوضع ولاحق للشريك فيها أولاً في ولدها، وإن وضعت قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار أنه لا يلزمه **مسئلة** وعند القاضي وأبي الخطاب إن كان الأول معسراً لم يسر استيلاده وتصير أم ولد لها يعتق نصفها بموت أحدهما لأنها أم ولد له وقد ذكرنا ذلك وإن اعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ على وجهين (أحدهما) لا يسري عتقه لأنه يبطل حق صاحبه من الولاء الذي قد انعقد سببه بالاستيلاء (والثاني) يقوم عليه لحديث ابن عمر وهو أولى وأصح إن شاء الله تعالى .

(فصل) ولا فرق بين أن يكون في الأمة ملك قليل

أو كثير فالحكم في ذلك واحد لأن مالك

اليسير يملك بعضها أشبه الكثير

والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿تم الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير وبه تم الكتاب﴾

خاتمة الطبع

الحمد لله الذي بنعمته تم الصالحات ، والصلاة والسلام على المصلح الأعظم بالآيات البينات ،
والعلم النافع والحكم الباهرات ، محمد رسول الله وخاتم النبيين ، وآله الطاهرين ، وأصحابه الهداة
المهدين ، ومن تبعهم الى يوم الدين

أما بعد فإنه قد تم طبع كتاب (المغني) في فقه الاسلام ، ومدارك المجتهدين من أئمة
الأعلام ، مع كتاب الشرح الكبير المقتبس منه مع زيادة بعض الفوائد والاستدراكات ، وقد بينا
مزايا الكتابين ووجوه الحاجة اليهما وترجمة مؤلفيهما في المقدمة التي نشرناها في الجزء الأول ، وقد بلغت
أجزاؤها ١٢ مجلدا كبيرا ولا يسعنا الا أن نعود في هذه الخاتمة الى اثناء على مسدي هذا الخير العظيم
الى الامة الاسلامية بالأمر بطبعه والانفاق عليه من ماله الخاص به ، امام السنة ، ومحبي عدل الخلفاء
وعلم الامّة ، مؤسس المملكتين ، وخدام الحرمين الشريفين ، عبدالعزيز بن عبد الرحمن الفيصل
آل سعود ملك الحجاز ونجد ، وعاهل العرب في كل غور ونجد ، أعزه الله تعالى وأعزه به العرب
والاسلام ، ونفع به الأنام ، وقد كان أمرنا أولا بطبع خمسمائة نسخة منه فقط ليوزعها على علماء
نجد ، وأذن لنا أن نطبع منه ما شئنا على حسابنا لاجل نشره في سائر الأمصار ، وبعد صدور عدة أجزاء
منه وكان قد استولى على الحجاز ، واتسع الباب لنشر مطبوعاته فيه وفي غيره من الاقطار ، فاشتري
منا أكثر النسخ التي طبعناها لاجل البيع ، وكان قد اشتهر الكتاب في مصر وغيرها ، وصار يزيد عدد
طالبيه فاضطررنا الى زيادة ما كنا نطبعه مكتتبنا عما تحتاج اليه لتكمله نسخ الذين اشتروا الأجزاء الاولى
وما زالوا يكثرون حتى اضطررنا الى إعادة طبع الاجزاء الاولى ، ولا شك أن لهذا الامام
والملك الهام ثواب الألف من النسخ التي يوزعها على العلماء مجانا وثواب سائر النسخ التي يشتريها
منا المنتفعون بهذا الكتاب الجليل لانه هو السبب في وجوده ، ولولاه لما أقدمنا ولا أقدم غيرنا على
طبعه ، لان التجار لا يقدمون على طبع اثني عشر مجلداً في الفقه لأحد فقهاء مذهب الامام أحمد بن
حنبل مع قلة الخنابلة في الأمصار وفقرهم ، وقلة من يعلم ان هذا الكتاب هو في فقه الاسلام في
جمته لا فقه الخنابلة وحدهم

وقد بذات مطابعتنا الجهد في تصحيح الكتاب بالمقابلة على أحسن النسخ الخطية المحفوظة في
خزائن المكتبة المصرية الكبرى العامة وهذه النسخ من وقف الملك المؤيد رحمه الله تعالى
ونسأل الله تعالى أن يثيبنا على ذلك وينفعنا نحن وسائر علماء المسلمين بهذا الكتاب النفيس .
ولله الحمد أولا وآخرا .

صاحب مطبعة المنار ومكتبتها بمصر

محمد رشيد رضا

— فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المنى والشرح الكبير —

٢	(كتاب الشهادات)	٣١	فصل في شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي
٣	تحمل الشهادة وأداؤها فرض كفاية	٣٢	العدل من لم يظهر منه ريبة
٤	تحمل الشهادة واجب مع انتفاء الضرر	٣٣	من لا يجوز شهادته
٥	شهود الزنا وما يشترط فيهم	٣٤	بيان ما يسقط المروءة من الاخلاق والعادات والحرف
٦	لا يقبل فيما سوى الاموال أدل من رجلين	٣٥	لمب الزدشير بد الشهادة وكذا كل لمب فيه قرار
٧	ما يعتبر في شهود العقوبات وغيرها	٣٦	الشرطي كالتزدد في التحريم ورد الشهادة
٨	ما يثبت به الاعسار والوصية	٣٧	اللاعب بالحمام لا شهادة له
٩	لا يقبل في شهادة الاموال أقل من رجل وامرأتين الخ	٣٨	المسابقة المشروعة
١٠	يثبت المال المدعيه بشاهدوين عنداً كزاهل العلم	٣٩	فصل في الملاهي
١١	القول بأن الزيادة في النص نسخ غير صحيح	٤٠	حكم الضرب بالدف
١٢	فصول في الشهادة	٤١	حكم الفناء
١٣	حكم مالو ادعى رجل على آخر سرقة نصاب من حرزه الخ	٤٢	حكم الحداء والشمر
١٤	فصل فيما لو ادعى جارية في يدرجل أنها أم ولده	٤٤	ليس في اباحة الشعر خلاف
١٥	تقبل شهادة امرأه عدل فيما لا يطعن عليه الرجال	٤٥	الشعر الممدوح والمذموم
١٦	ما يجوز في شهادة المرأة الواحدة	٤٦	فصل في قراءة القرآن بالالحان
١٨	مسئلة فيمن لزمته الشهادة	٤٧	حكم القراءة بالتلحين
١٩	لا يجوز لمن له كفاية أخذ الجمل على الشهادة	٤٨	القدر الذي يباح من تلحين القرآن والتغني به
٢٠	مدرك العلم الذي تقع به الشهادة الرؤية والسمع	٤٩	لا تقبل شهادة الطفلي ومن سأل دون ان يحل له المسئلة
٢١	المرأة كالرجل في جواز الشهادة عليها	٥٠	من فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه لم ترد شهادته
٢٢	حكم مالو عرف الشاهد خطه ونسي أنه شهد به	٥١	يجوز شهادة الكفار من اهل الكتاب في الوصية في السفر
٢٣	مسئلة في الشهادة على ما تظاهرت به الاخبار	٥٢	كيفية الشهادة على الوصية حين الموت
٢٤	الشهادة بالاستفاضة	٥٣	ما لا يجوز فيه شهادة الكفار على المسلم
٢٥	اذا كان في يد رجل دار يتصرف فيها تصرف الملاك جازت الشهادة أنها له	٥٤	الكلام في شهادة أهل الكفر بعضهم على بعض
٢٦	حكم مالو شهد عدلان ان فلانا مات وخلف فلانا وفلانا	٥٥	لا تقبل شهادة خصم ولا جار الى نفسه ولا دافع عنها
٢٧	شروط الشهادة	٥٦	حكم مالو شهد على رجل بحق فذمه المشهود عليه
٢٩	نوعا الفسوق وأضرب المختلفين	٥٨	لا تقبل شهادة الاحير لمن استأجره
٣٠	ضروب المختلفين		

صفحة	صفحة
٥٩	تمثيل للدافع عن نفسه
٦٠	لا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الفلظ
٦١	تجوز شهادة الاعمى اذا يقن الصوت
٦٢	حكم مالو تحمل الشهادة ثم عمي
٦٣	لا تجوز شهادة الاخرس بحال
٦٤	لا تجوز شهادة الوالدين للولد الخ
٦٦	تقبل شهادة الاب على ابنه والابن على آبيه
٦٧	لا تجوز شهادة العبد لسيدته ولا السيد لعبده
٦٨	لا تجوز شهادة الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها
٦٩	شهادة الاخ لاخته جائزة
٧٠	تجوز شهادة المبد في كل شيء الا في الحدود
٧١	التعليل لجواز شهادة المبد
٧٢	حكم المكاتب والمندبرة وأم الولد والمعتق بعضه
٧٣	حكم انقن
٧٤	مسئلة في شهادة ولد الزنا
٧٥	إذا تاب القاذف قبلت شهادته
٧٧	القاذف في الشتم ترد شهادته
٧٨	فصل في قبول التوبة متى تاب
٧٩	التوبة ضربان باطنة وحكيمة
٨٠	لا يشترط في التوبة اصلاح العمل
٨١	ما يعتبر من النائب من البدعة
٨٢	من ردت شهادته وهو غير عدل لم تقبل وهو عدل
٨٣	حكم مالو شهد السيد لمكاتبه فردت شهادته الخ
٨٤	حكم مالو شهد وهو عدل فليحكم بها حتى تغير
٨٦	مسئلة في شهادة العدل على العدل
٨٨	شروط شهادة العدل على العدل
٩٣	فصل في كيفية أداء الشهادة على الشهادة
٩٤	شهادة المرأة على المرأة
٩٥	لا يقبل على شاهد أصل الاشاهد فرع
٩٦	حكم مالو كان المشهود به زنا
٩٧	مسئلة في الشهادة على من سمعه يقر بحق
٩٨	الحقوق ضربان
١٠٠	فصل فيمن كانت عنده شهادة لا دمي
١٠١	﴿ كتاب الاقضية ﴾
١٠٢	حكم مالو هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم
١٠٣	حكم مالو مات الرجل مفلسا وادعي ورثته ديناً له على رجل
١٠٤	حكم مالو خلف احد الابنين مع الشاهد الخ
١٠٦	حكم مالو خلف ابوين وثلاثة بنين وداراً قاضي البنون وقفها عليهم
١٠٨	حكم مالو ادعوا ان أباهم وقف داره على ولده وولد ولده الخ
١٠٩	حكم مالو كان الوقف مرتباً بطناً بعد بطن
١١٠	مسئلة فيمن ادعى دعوى وذكر أن يفتنه بالبعد منه الخ
١١١	حكم مالو طلب المدعي حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل
١١٢	مسئلة في اليمين التي يبرأ بها المطلوب
١١٤	كيف يقسم اليهودي والصراني
١١٦	تعايط الايمان
١١٧	الشهادة بالوصية في السفر والمواضع التي خالفت فيها القياس
١١٨	يخلف الرجل على البت ويخلف الوارث على العلم
١١٩	اليمين على البت واليمين على نفي العلم
١٢٠	فصل فيما لو توجهت عليه يمين هو فيها صادق
١٢١	حكم الحلف الكاذب
١٢٢	يمين الخالف على حسب جوابه
١٢٣	لا تدخل اليمين النياية
١٢٤	فروع في رد اليمين

صفحة	صفحة
١٢٥ حكم ما لو نكل من توجهت عليه البين وقل لي بينة	١٥٢ حكم ما لو ادعى العبد ان سيده أعنته
١٢٦ حكم ما لو حلف ثم قال ان شاء الله	١٥٣ مسألة في شهادة الزور
١٢٧ الحقوق ضربان	١٥٤ مسألة فيما لو غير العدل شهادته بمحضرة الحاكم
١٢٨ الحقوق المالية	١٥٦ مسألة فيما إذا شهد شاهد بالف وآخر بخمسائة
١٢٩ مسألة فيما لو شهد من الاربعة اثنان ان هذا زني بها	١٥٧ مسألة فيمن ادعى شهادة عدل فأنكر أن تكون عنده شهادة
١٣٠ حكم الشهادة على فعائين	١٥٨ حكم ما لو مات رجل وخف ابنا وألف درهم
١٣١ حكم ما لو كانت الشهادة على فعل اختلف الشاهدان في زمانه أو مكانه	١٥٩ مسألة في اشارة المريض بالاقرار
١٣٣ فصل في الشهادة على الاقرار	١٦٠ مسألة في شهادة الصبي
١٣٤ حكم الاختلاف في الشهادة بالزمان	١٦١ مسألة في شهادة الطب على الموضحة
١٣٥ فصل في الشهادة بالنكاح	١٦٢ كتاب الدعاوى والبيّنات
١٣٦ حكم ما لو اشهد بجرح او قتل ثم رجعا	١٦٣ لا يستحلف على النكاح
١٣٨ حكم الرجوع عن الشهادة بعد الاستيفاء	١٦٤ فصل فيما لو ادعى رجل نكاح امرأة
١٤٠ فصل فيما لو رجم أحد الشاهدين وحده	١٦٥ حكم ما لو ادعت المرأة النكاح وذكرت ماله
١٤١ مسألة فيما لو كانت شهادتهما بمال	حقاً من حقوق النكاح
١٤٢ اذا كان المحكوم به عبد غرما قيمته	١٦٦ حكم سائر العقود غير النكاح من حيث الكشف وذكر الشروط
١٤٣ حكم ما لو شهد على امرأة بنكاح فحكم به ثم رجعا	١٦٧ حكم ما لو ادعى دابة في يد رجل فأنكر وأقام كل واحد بينة
١٤٤ حكم المواضع التي يجب الاضمان فيها على الشهود بالرجوع	١٦٨ فصلان في البينة
١٤٥ فصل فيما لو حكم الحاكم بشهادة رجل وامرأتين	١٦٩ حكم ما لو كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه
١٤٦ حكم ما لو شهد اربعة بالزنا واثنان بالاحصان الخ	١٧٠ حكم ما لو ادعى الخارج أن الدابة ملكه
١٤٧ فصل فيما لو شهد شاهداً فرع على شاهدي اصل الخ	١٧١ حكم ما لو ادعى زيد شاة في يد عمرو
١٤٨ فصل فيما لو حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد	١٧٢ حكم ما لو كان في يد رجل شاة فادعاها رجل
١٤٩ مسألة فيما لو قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان انها كافران	١٧٣ حكم ما لو كانت الدابة في ايديهما فأقام كل منهما بينة أنها له
١٥٠ حكم ما لو شهد بالزنا أربعة الخ	١٧٤ حكم ما لو شهدت احداها أنها له منذ سنة
١٥١ حكم ما لو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان فسقها	١٧٥ لا ترجع احدي البينتين بكثرة العدد
	١٧٦ حكم ما لو كان في ايديهما دار فادعاها أحدها كاهها

صفحة	صفحة
٢٠٥ حكم مالو ادعى انسان ان أباه مات وخلفه وأخاه غائباً	١٧٨ حكم مالو كانت الدار في يد ثلاثة الخ
٢٠٧ حكم مالو اختلف في دار في يد أحدهما وأقام أحدهما بينة الخ	١٨١ حكم مالو كانت الدار في يد أربعة الخ
٢٠٨ حكم مالو ادعى أمة أنها له الخ	١٨٣ حكم مالو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها
٢٠٩ حكم مالو كانت في يد زبد دار فادعاهما عمرو	١٨٥ فصل فيما لو أنكرهما من العين في يده
٢١٠ حكم مالو كان في يد رجل طفل لا يبرعن نفسه	١٨٦ حكم مالو كان في يد رجل دار فادعاهما فدان
٢١١ حكم مالو ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما	١٨٧ فصل فيما إذا تداعيا عينا الخ
٢١٢ حكم مالو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها	١٨٨ حكم مالو ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة
٢١٣ حكم مالو شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف	١٨٩ حكم مالو كانت دار في يد رجل فادعى عليه رجلان
٢٤١ حكم مالو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا	١٩٠ حكم مالو ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف
٢١٦ حكم مالو أقام المسلم بينة أنه مات مسلما الخ	١٩١ حكم مالو مات رجل فشهد رجلان ان هذا القلام ابن هذا الميت
٢١٧ حكم مالو أقام المسلم بينة أنه مات مسلما	١٩٢ حكم مالو ادعى رجل زوجية امرأة فافتر بذلك
٢١٨ حكم مالو خاف ابنا مسلما وأخا كافرا	١٩٣ حكم مالو قال لبعده ان قتلت فانت حر
٢١٩ حكم مالو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها مات قبل ابنها الخ	١٩٤ حكم مالو ادعى سالم ان سيده أعنته في مرض موته الخ
٢٢١ حكم مالو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه اصدقها بإياها	١٩٧ حكم مالو خلف المريض ابنين لا وارث له سواهما فشهدا الخ
٢٢٢ حكم مالو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً	١٩٨ حكم مالو شهد عدلان أجنيبان أنه وصى بعتق سالم
٢٣٢ حكم مالو دخل اليها أهل الحرب فأقر بعضهم بنسب بعض	١٩٩ حكم مالو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله
٢٢٤ وجوه الاقرار بالنسب	٢٠٠ فصل فيما لو شهد شاهدان أنه رضى لزيد بثلث ماله
٢٢٥ حكم مالو اختلف الزوجان في متاع البيت	٢٠١ حكم مالو كان في يده دار فادعاهما رجل فأقرها لغيره
٢٢٦ حكم مالو كان في الدكان تجار وعطار	٢٠٤ فصل فيما لو طلب المدعي أن يكتب له محضر بما جرى
٢٢٧ حكم مالو كان الحياط في دار غيره فاختلفا في الابرة والمقص	
٢٢٨ حكم مالو تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها	

صفحة	صفحة
٢٤٩ حكم ما لو كان على أحد حق وقد رله على مال	٢٥٩ حكم ما لو كان أحد الشريكين موسراً والآخر معسراً
٢٣١ حكم ما لو كان لآسان على آسان حق وأقام به شاهدين الخ	٢٦٠ حكم ما لو ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه
٢٣٢ حكم ما لو ادعى العبد أن سيده أعتقه	٢٦١ حكم ما لو مات الرجل وخلف ابنين وعبدان
٢٣٣ ﴿كتاب العتق﴾	٢٦٢ أحوال العتق في المرض
٢٣٤ بيان ما يحصل به العتق	٢٦٣ حكم ما لو كان لرجل نصف عبد ولا آخر ثلثه ولا آخر سدسه
٢٣٧ حكم ما لو قال لا كبير منه هذا ابني	٢٦٥ حكم ما لو كانت الامة بين شريكين فاصابها أحدهما
٢٣٨ يصح العتق من كل من يجوز تصرفه	٢٦٧ فصل في قيمة الولد ومهر الامة إذا صابها أحدهما
٢٣٩ لا يصح العتق من غير المالك	٢٦٩ حكم ما لو ملك سهماً من بعتق عليه بغير الميراث وهو موسر
٢٤٠ حكم ما لو كان العبد بين ثلاثة فاعتقوه	٢٦٩ حكم ما لو ورث الصبي والمجنون جزءاً من بعتق عليها
٢٤١ حكم ما لو قال أحد الشركاء للعبدان دخلت الدار فنصيبني منك حر	٢٨٠ حكم ما لو باع عبداً الذي رحمه وأجنبي
٢٤٢ حكم ما لو أعتق أحد الشركاء نصيبه وهو موسر	٢٨١ حكم ما لو كان لرجل نصف عبد من متساويين
٢٤٣ لافرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين	٢٧٢ حكم ما لو شهد شاهدان على ميت بعتق عبد
٢٤٤ حكم ما لو اعتقاه بعد عتق الأول الخ	٢٧٣ حكم ما لو كان له ثلاثة أعبد فاعتقهم في مرض موته
٢٤٦ القيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق	٢٧٦ القرعة وما ورد من السنة فيها
٢٤٧ فصل في المعتبر من البسار	٢٧٧ فصل في كيفية القرعة
٢٤٨ حكم ما لو قال شريك لشريكه إذا اعتقت نصيبك فاعتق نصيبي	٢٧٨ مسئلة في القرعة والعتق
٢٤٩ حكم ما لو أعتقه الأول وهو معسر والثاني وهو موسر	٢٨١ حكم ما لو كان على الميت دين يحيط بالتركة
٢٥١ فصل في العتق بالسعاية	٢٨٢ حكم ما لو أعتق في مرض موته ثلاثة لا علك غيرهم
٢٥٢ حكم ما لو كان المعتق الثاني معسراً	٢٨٣ حكم ما لو قال في مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر
٢٥٣ حكم من أعتق بعضه	٢٨٤ حكم ما لو ملك نصف عبد فدبره
٢٥٥ حكم ما لو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد أن شريكه أعتق حقه	٢٨٥ حكم ما لو دبر بعضه وهو مالك لملكه
٢٥٦ حكم ما لو اشترى أحدهما نصيب الآخر	٢٨٦ حكم ما لو اعتقهم وثلاثة تملهم ثم ظهر عليه دين
٢٥٧ حكم من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه	٢٨٧ حكم ما لو اعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم
٢٥٨ حكم ما لو كان الشريكان معسرين	٢٨٨ حكم ما لو وصى بعتق عبده يخرج من ثلثه
	٢٨٩ حكم ما لو علق عتق عبده على شرط
	٢٩٠ حكم ما لو أعتق عبداً وللعبد مال

(و) فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٢٩١ حكم ما لو قال لعبد انت حر في وقت سباه	٣٢٢ حكم ما لو ارتد سيد المدبر
٢٩٢ حكم ما لو قال لعبد ان لم اضر بك عشرة اسواط	٣٢٣ ما ولدته المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها
فانت حر	٣٢٥ حكم ما لو علق عتق امته بصفة
٢٩٣ حكم ما لو قال لعبد ان دخات الدار فانت حر	٣٢٦ حكم ما لو ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها
٢٩٤ حكم ما لو قال لعبد انت حر متى شئت	٣٢٧ كسب المدبر في حياته لبيده
٢٩٥ اقسام تعلق العتق	٣٢٨ للسيد اصابة المدبرة
٢٩٩ حكم ما لو قال لعبد انت حر وعليك الف	٣٢٨ مسألة في انكار التدبير
٣٠٠ حكم ما لو علق عتق أمته وهي حامل	٣٣١ حكم ما لو دبر عبده ومات وله مال
٣٠١ حكم ما لو قال لامته اول ولد تلدينه فهو حر	٣٣٢ حكم ما لو كان المدبر عبيدين
٣٠٢ فصل فيما لو قال أول غلام أمك فهو حر	٣٣٣ فصول في التدبير
٣٠٣ فصل فيما لو قال آخر عبد أمك فهو حر	٣٣٤ مسألة في التدبير من الصبي
٣٠٤ حكم ما لو قال عبد لرجل اشترني من سيدي	٣٣٥ حكم ما اذا قتل المدبر سيده
بهذا المال	٣٣٦ سائر جنائيات المدبر غير جائزة
٣٠٥ حكم ما لو كان عبد بين شريكين فأعطى	٣٣٨ حكم ما لو دبر العبد ثم كان به
أحدهما خمسين ديناراً ويعتق نصيبه	(كتاب المكاتب)
٣٠٦ حكم ما لو وكل احد الشريكين شريكه في عتق	٣٣٩ حكم ما لو سأل العبد سيده مكانته
نصيبه	٣٤١ لا تصح الكتابة الا بمن يصح تصرفه
٣٠٧ (كتاب التدبير)	٣٤٢ حكم ما لو كاتب الذي عبده المسلم
٣٠٨ يعتق المدبر بعد الموت من ثلث اموال	٣٤٣ حكم ما لو كاتب الحر عبده
٣٠٩ يجوز التدبير مطلقاً ومقيداً	٣٤٥ حكم ما لو كاتب المرتد عبده
٣١٠ حكم ما لو قال ان دخات الدار بعد موتي فانت حر	٣٤٦ حكم ما لو كاتب عبده أو أمته على أنجم
٣١١ حكم ما لو قال انت حر بعد موتي	٣٤٩ حكم ما لو كاتبه على أنجم مدة معلومة
٣١٢ حكم ما لو قال لعبد إذا قرأت القرآن فانت	٣٥٠ مقدار ما يعتق بإدائه المكاتب من المشرط عليه
حر بعد موتي	٣٥١ فصل فيما تجوز عليه الكتابة
٣١٣ حكم ما لو قال لعبد اذا مت فانت حر	٣٥٣ تصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة
٣١٤ حكم ما لو دبر كل واحد نصيباً فانت أحدهما	٣٥٤ حكم ما لو كاتبه
٣١٦ لا يجوز بيع المدبر في الدين وقيل يجوز	٣٥٥ مسألة في إعطاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه
٣١٧ أمر رسول الله ﷺ ببيع المدبر	٣٥٦ الحث على إعطاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه
٣١٨ مسألة في بيع المدبرة	٣٥٧ مقدار ما يعطى المكاتب مما كوتب عليه
٣١٩ مسألة فيما لو دبره ثم قال قد رجعت	٣٥٨ فصول في جنس ما يعطى المكاتب ووقت
٣٢٠ حكم ما لو ارتد المدبر ولحق بدار الحرب	جوازه ووجوبه

صفحة	صفحة
٣٥٩ حكم مالو عجلت الكتابة قبل محلها	٣٩١ ان وطء السيد مكاتبته ولم يشترطه أدب
٣٦١ حكم مالو احضر المكاتب مال الكتابة فقال	٣٩٢ حكم مالو علفت المكاتبه من سيدها
السيد هذا حرام	٣٩٤ حكم مالو اعتق السيد المكاتبه
٣٦٢ لو كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره	٣٩٥ حكم مالو كانت بين شريكين فكاناها
٣٦٣ حكم مالو مات وأدى بعض كتابته وفي يده	ووطئها أحدها
وفاء وفضل	٣٩٨ حكم مالو ووطئها جميعاً
٣٦٥ حكم مالو مات ولم يخلف وفاء	٣٩٩ حكم مالو أولدها كل واحد منهما وانفقا
٣٦٦ قتل المكاتب كموته في انقضاء الكتابة	على السابق منهما
٣٦٧ إذا مات السيد كان العبد على كتابته	٤٠٢ حكم مالو اختلفا في السابق منهما
٣٢٩ ولأه المكاتب لسيد	٤٠١ حكم مالو ووطئها معاً فأنت بولد
٣٧٠ لو أعتق الورثة المكاتب صح عتقهم	٤٠٥ أقسام فيما لو ووطئها معاً فأنت بولد
٣٧١ حكم مالو باع الورثة المكاتب او وهبوه	٤٠٦ حكم مالو كاتب نصف عبد
٣٧٢ إن أوصى السيد بمال للكتابة لرجل صح	٤٠٩ حكم مالو كان العبد كله ملكاً لرجل
٣٧٣ حكم مالو مات وخلف رجلين وعبدان	٤١٠ حكم مالو كان العبد لرجلين فكاناها معاً
٣٧٥ لا يمنع المكاتب من السفر	٤١١ ليس للمكاتب أن يؤدي الى أحدهما أكثر
٣٧٦ حكم مالو شرط السيد على المكاتب الا يسافر	من الآخر
٣٧٧ ليس للمكاتب ان يتزوج الا بإذن سيده	٤١٣ ان عجز مكاتبها فلهما الفسخ
٣٧٨ ليس للمكاتب التسري بغير إذن سيده	٤١٥ مسألة في زكاة مال المكاتب إذا عتق
٣٨٠ ليس للمكاتب أن يزوج عبده واماء	٤١٦ إذا لم يؤد المكاتب عجزه السيد
٣٨١ ليس للمكاتب إعطاء رقيقه الا بإذن سيده	٤١٧ حكم مالو حل نجم واحد فمجز عن أدائه
٣٨٢ المكاتب محجور عليه في ماله	٤١٨ حكم مالو حل النجم وماله حاضر عنده
٣٨٣ ليس للمكاتب ان يكاتب الا بإذن سيده	٤١٩ حكم مالو حل النجم والمكاتب غائب
٣٨٤ ليس للمكاتب ان يبيع نفسه	٤٢٠ حكم مالو دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً
٣٨٥ للمكاتب البيع والشراء باجماع من أهل العلم	٤٢١ ما قبض من نجوم كتابته استقبل به حولا
٣٨٦ مسألة في الربا بين السيد وعبده	٤٢٢ حكم مالو جنى المكاتب جناية
٣٨٧ حكم مالو كان لكل واحد من السيد والمكاتب	٤٢٣ ما قبض من نجوم الكتابة يستقبل به حولا
على صاحبه دين	٤٢٤ حكم مالو جنى المكاتب جنايات
٣٨٨ لا يجوز وطء المكاتبه من غير شرط ذلك	٤٢٥ حكم مالو جنى المكاتب على سيده فبادون النفس
في الكتابة	٤٢٧ حكم مالو اجتمع على المكاتب أرض جناية
٣٨٩ حكم مالو شرط ووطئها	ومن مبيع
٣٩٠ فصول في وطء المكاتبه وبنتها	٤٢٨ حكم مالو ملك المكاتب ابنه

صفحة	صفحة
٤٢٩ حكم مالو جنبى بعض عبيد المكاتب على بعض	٤٦٥ حكم مالو اختلغا في أداء التجوم
٤٣٠ حكم مالو جنبى على المكاتب فيما دون النفس	٤٦٦ حكم مالو كاتب عبيدين واستوفى من أحدهما
٤٣٢ حكم مالو مات المكاتب وعليه ديون وأروش	٤٦٧ » » كان للمكاتب أولاد من معتق آخر غير سيده
٤٣٣ حكم مالو كاتبه ثم دبره	٤٦٨ » » أعقق الامة أو كاتبها وشرط ما في بطنها
٤٣٤ حكم مالو قال لمكاتبه متى عجزت بعد موتي	٤٦٩ مسألة في تعجيل المكاتب بعض كتابته لسيده
فأنت حر	٤٧٠ حكم مالو اتفقا على الزيادة في الاجل بالدين
٤٣٥ حكم مالو كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته	٤٧١ » » صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه
٤٣٧ حكم مالو ادعى المكاتب وفاة كتابته	٤٧٢ » » كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما الخ
٤٣٨ حكم مالو أنكر السيد ولم يكن للعبد شاهد	٤٧٣ إن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه
٤٣٩ لا يكفر المكاتب بغير الصوم	٤٧٤ موت المكاتب قبل الاداء كعجزه
٤٤٠ ولد المكاتب في الكتابة يعتقون بكتابتها	٤٧٧ حكم مالو كاتب عبيداً له صفقة واحدة
٤٤١ ولد المكاتب المولودون في الكتابة يعتقون بعتقها	٤٧٩ » » أدى أحد المكاتبين عن صاحبه
٤٤٤ مسألة في جواز بيع المكاتب	٤٨١ » » شرط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته
٤٤٧ الكتابة لا تنسخ باليمين	٤٨٢ » » شرط عليه خدمة معلومة
٤٤٨ بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه لا يصبح	٤٨٧ أحكام الكتابة الفاسدة
٤٤٩ حكم مالو كانت الكتابة ذات ولد يتبناها ابناؤها مما	٤٩٥ فصل في قول من أجاز بيع أم الولد
٤٥٠ حكم مالو وصى بالمكاتب لرجل	٤٩٨ حكم مالو اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها
٤٥١ حكم مالو وصى بالكتابة لرجل وبرقبته لا آخر	٤٩٩ » » وطئ الرجل جارية ولده
٤٥٢ فصل في صحة الوصية للمكاتب	٥٠١ » » وطئ الولد جاريته ثم وطئها أبودها
٤٥٤ حكم مالو اشترى المكاتب أباه أو ذارحمه	٥٠٢ » » زوج أمته ثم وطئها
٤٥٥ إذا اشترى المكاتب ذارحمه فكسبهم له	٥٠٥ أم الولد تعتق من رأس المال وإن لم يملك سواها
٤٥٦ حكم مالو وهب للمكاتب بعض ذوي رحمه	٥٠٦ حكم مالو صارت أم ولد له ثم ولدت من غيره
٤٥٨ حكم مالو كان العبد ثلاثة فقال يعموني نفسي الخ	٥٠٨ إذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها
٤٦٠ حكم مالو كان العبد بين شريكين فكاتباه على مائة قاعدى دفنها	٥١٠ مسألة فيما لو أوصى لها بما في يدها
٤٦٢ حكم مالو ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما	٥١٣ حكم مالو عادت فجئت
٤٦٣ حكم مالو اعترف المدعي قبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب	٥١٤ للرجل تزويج أم ولده وإن كرهت
٤٦٤ حكم مالو قال السيد كاتبك على ألفين	٥١٥ لاحد على من قذف أم الولد
	٥١٦ حكم مالو قتلت أم الولد سيدها